الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

كتاب المضاربة والمزارعة

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي
الفقه
٥٤
المضاربة والمزارعة
دار العلوم

الفقه

الجزء الرابع والخمسون

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب
المضاربة ـ المزارعة

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

الطبعة الثانية
١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م
منقّحة ومُصحّحة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي
ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

مسألة ـ ٣٣ ـ اذا شرط أحدهما على الاخر فى ضمن عقد المضاربة مالا أوعملا كان اشترط المالك على العامل ان يخيط له ثوباً أويعطيه درهماً أونحو ذلك أوبالعكس فالظاهر صحته

(مسألة ـ ٣٣ ـ اذا شرط أحدهما على الاخر فى ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا كان اشترط المالك على العامل) أوشرط العامل على المالك (ان يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك) من الشروط التي لاترتبط بالمضاربة فى قبال القسم الاخر من الشروط المرتبطة بالمضاربة كشرط ان يسلم المالك الى العامل المال نجوماً (أو بالعكس) كشرط المالك على العامل سفراً خاصاً أو تجارة خاصة أو ما اشبه ، لااشكال في صحة القسم الثاني من الشرط ، بل عليه النص والفتوى .

فقد روى أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن أبيه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط ان لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فان فعلتم فانتم ضامنون، فابلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه و آله فأجاز شرطه عليهم[1] وقريب منه صحيح الحلبي[2] وغيره .

وأما القسم الثاني (فالظاهر صحته) كما هو المشهور بينهم، وذلك لاطلاق أدلة صحة الشرط فى غير ماخالف الكتاب والسنة ، أو مقتضى العقد، بل والمناط فى القسم الاول.

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/١٢ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٧ .

وكذا اذا اشترط أحدهما على الاخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة أو نحو ذلك ودعوى ان القدر المتيقن ما اذا لم يكن من المالك الا رأس المال ومن العامل الا التجارة مدفوعة بأن ذلك من حيث متعلق العقد فلا ينافى اشتراط مال أو عمل

(وكذا اذا اشترط أحدهما على الاخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة) أو ايقاعاً (أو نحو ذلك) لكن التحرير اشكل فى الشروط الخارجة مما ليس من مصلحة العقد ولامقتضاه ، مثل اشتراط النفع ببعض السلع ، مثل لبس الثوب واستخدام العبد وركوب الدابة ووطي الجارية وضمان العامل المال أو بعضه فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقد ان اقتضت جهالة الربح والا فلا على اشكال ، والظاهر ان وجه الاشكال ـ بالاضافة الى ما سيأتي ـ ان أدلة الشرط لاتشمل الشروط غير المربوطة بالمضاربة ، فاى ربط بين وطئي الجارية والمضاربة ، ولو لانصراف دليل الشرط عن مثلها، وفيه : انه لا وجه للانصراف ، ولو كان فهو بدوي، خصوصاً ودليل الشرط ، حيث اخرج منه الشرط المنافي للكتاب والسنة و الشرط المخالف لمقتضى العقد مما يقتضى دخول ماعداهما فى المستثنى منه .

وهناك اشكال آخر على مثل هذه الشروط ذكره مفتاح الكرامة وغيره و اشار اليه المصنف بقوله : (ودعوى ان القدر المتيقن) من دليل المضاربة (ما اذا لم يكن من المالك الا رأس المال ، ومن العامل الا التجارة) فاى ربط لامثال تلك الشروط مع المضاربة (مدفوعة بأن ذلك) رأس المال والعمل (من حيث متعلق العقد ، فلا ينافي) انحصار المتعلق بهما (اشتراط مال أو عمل

خارجي فى ضمنه ويكفى فى صحته عموم أدلة الشرط وعن الشيخ الطوسى فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد فى أحد قوليه وبطلانهما فى قوله الاخر قال: لان العامل فى القراض لايعمل عملا بغير جعل ولاقسط من الربح

خارجي فى ضمنه) الذى هو مقتضى أدلة صحة الشروط فى العقود.

(ويكفي في صحته عموم أدلة الشرط) ولاشكال فيه بما تردد فيه المستمسك باحتمال عدم صدق المضاربة ، اذ لاربط للاشتراط بالصدق ، كما في سائر العقود ، فان الشرط المنافى لمقتضى العقد ينافي الصدق لاغيره ، حتى وان كان مخالفاً للكتاب والسنة، وانما البطلان حينئذ من دليل خارج يشترط عدم منافات الشرط لهما ، هذا بالاضافة الى ان بطلان الشرط لايوجب فساد العقد ولذا قال اخيراً: وان كان الظاهر صدق العنوان عرفاً.

(وعن الشيخ الطوسي فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه) لان الشرط الفاسد ليس بمفسد (وبطلانهما في قوله الاخر) حكاهما المسالك عن الشيخ في المبسوط ، وأشكل عليه المستمسك وغيره بأن النسبة غير ظاهرة ، واستدل بأن عبارة المبسوط لاتدل على القولين ، لان ماذكره الشيخ أولا: كان وجهاً لاقولا ، وهو كذلك ، لكن صريح الشرائع والتذكرة ان في المسألة قولين .

وكيف كان، فقد (قال) الشيخ في وجه بطلانهما (لان العامل في القراض لايعمل عملا بغير جعل ولا قسط من الربح) واللازم ان يكون القسط واضحاً

واذا بطل الشرط بطل القراض لان قسط العامل يكون مجهولا ثم قال : وان قلنـا : ان القراض صحيح والشرط جائز لكنه لايلزم الوفاء بـه لان البضاعة لايلزم القيام بها كان قوياً وحاصل كلامه فى وجه بطلانهمـا ان الشرط المفروض

والا صار القسط مجهولا، والجهل بالقسط يوجب انتفاء المضاربة، لانه خلاف مقتضى العقد ، فهو مثل ان يقول: قارضتك على شيء من الربح. .

(واذا بطل الشرط) لجهالته (بطل القراض) اذ الشرط خلاف مقتـضى العقد (لان قسط العامل يكون مجهولا) لان الشرط قد بطل، واذا بطل ذهب من نصيب العامل وهو النصف قدر مازيد فيه لاجل البضاعة وذلك القدر مجهول واذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولا، ولهذا بطل القراض.

(ثم قال) الشيخ (وان قلنا : ان القراض صحيح والشرط جائز) لانه ليس خلاف الكتاب والسنة (لكنه لايلزم الوفاء به) لانه في ضمن عقد جائز والشرط في ضمن العقد الجائز جائز .

(لان البضاعة لايلزم القيام بها كان قوياً) ويأتى مثل هذا الكلام في كل شرط لايلزم القيام به وان كان الشرط موجباً لجهل مقدار حصة احدهما الموجب لجهل حصة كليـهما، حيث ان الجهالة فى أحد الطرفين في الاعداد وسائـر اقسام الكم والكيف يوجب جهالة كلا الطرفين، فاذا قسمت الحمرة الشديدة ـ ذات عشر درجات مثلا ـ الى قسمين لم يعلم ان في الطرف الايمن كم درجة من الشدة لم يعلم شدة الطرف الايسر .

(وحاصل كلامه فى وجه بطلانهما) العقد والشرط (ان الشرط المفروض

مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا وببطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث ان للشرط قسطاً من الربح وببطلانه يسقط ذلك القسط. وهو غير معلوم المقدار

مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا) فان أدلة الشرط لاتشمل الشرط المنافي لمقتضى العقد.

(وببطلانه يبطل العقد لاستلزامه جهالة حصة العامل) وقد عرفت ان جهالتها توجب جهالة حصة المالك أيضاً (من حيث ان للشرط قسطاً من الربح) و كذلك في سائر الشروط في العقود، فاذا باعه بدينار بشرط ان يخيط المشتري ثوبه وكانت اجرة الخياطة درهماً كان معنى ذلك انه باعه بدينار ودرهم وهكذا.

(وببطلانه يسقط ذلك القسط ، وهو غير معلوم المقدار) وهذا غير كلى ان كل شرط فاسد مفسد، فانه وان لم نقل بذلك الكلي نقول بافساده في المقام لما عرفت من منافاته لمقتضى العقد.

وكيف كان، فما يستفاد من كلام الشيخ في وجه بطلان مثل هذه المضاربة أمران:

الاول: ان عقد المضاربة انما يكون اذا كان من طرف عمل، ومن طرف مال وهذا لايتحقق فيما اذا وضع المالك على العامل عملين (عمل المضاربة) و(عمل البضاعة) وجعل المال في مقابل المضاربة فقط، ومعنى ذلك ان يكون على العامل عمل بدون حصة ربح.

الثاني: ان الشرط اذا بطل ـ لانه خلاف مقتضى العقد، كما ظهر وجهه

وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله فى مال القراض بجزء من الربح والعمل الخارجى ليس عملا فى مال القراض هـذا مع أن ماذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعـد بطلان الشرط ممنوع اذ ليس الشرط مقابـلا بالعوض فى شىء من الموارد

فى الاول ـ صارت حصة العامل مجـهولة اذ حصة العامل النـصف اذا كان يعمل البضاعة أيضاً، فاذا لم يعمل البضاعة (لانه شرط فاسد) لم يعلم كمقدر حصة العامل .

وأجاب المصنف عن أولهما بقوله: (وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد فان مقتضاه) اى مقتضى العقد (ليـس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح) فمال من المالك وعمل قراض من العامل، ولكل جزء خاص من الربح .

(والعمل الخارجي) وهو البضاعة المشروطة على العامل (ليس عملا في مال القراض) حتى يقال: بانه عمل من العامل بدون ربـح له من المالك (هذا مع أنما ذكره) في اشكاله .

الثاني: (من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع) فان الربح الذى للعامل انما هو فى قبال عمله المضاربـي لافى قبال عمله المضاربي ، و عمله البضاعي ـ معاً ـ (اذ ليس الشرط مقابلا بالعوض فى شىء من الموارد) فاذا باعه كتاباً بدرهم بشرط ان يكنس البائع دار المشترى لم يكن الدرهم في

وانمـــا يوجب زيادة العوض فلاينقص من بطلانه شيء من الحصة حتى تصيرمجهولة

مقابل الكتاب والكنس بل الدرهم فى قبال الكتاب فقط والشرط أمر خارجى التزمه البائع فى ضمن العقد ، فاذا انتفى الكنس لم يكن أحد طرفى العقد مجهولا .

(وانما يوجبزيادة العوض) فانالمالك اعطى زيادة للعامل في قبال عمله المضاربى ، وداعيه في اعطائه هذه الزيادة ان العامل يعمل له البضاعة ، وفرق واضح بينالداعي، وبين الجزءمنالمعاملة فان الانسان قديعطي ديناراًللخطيب لانه قرأ خطاباً ، وقديعطيه ديناراً في قبال انه خطب خطاباً .

(فلاينقصمنبطلانه) أيبطلانالشرط (شيءمنالحصة حتى تصيرمجهولة) وتوجب جهالته بطلان المعاملة .

أما ماذكرهالمستمسك منالاشكال علىالشيخبقوله : كانالاولىفيالاشكال عليه ان يقال اذاكان الشرط ملحوظاً عوضاً عن العمل ، فبطلانـه يوجب بطلان المعاوضة ، وحصول الجهالة لانتفاء المعاوضةبانتفاء أحد طرفيها ، واذالميكن ملحوضاً عوضاً فلا جهالة في العوض .

فيرد عليه بالاضافة الى انالازم ان يقول : (اذاكان الشرط ملحوظاًعوضاً عنالربح) لان الشرط من المالك على العامل ، فالمالك يعطيه الربح في قبال عملين عملالمضاربة وعمل البضاعة، انه لم يظهروجه للاولوية .

نعم اشكلالمستمسك على ضرر الجهالة بقوله : لوسلمالجهالةفيالعوض على هذا النهج فانها غيرقادحة في البيع ، كما اذا باع ما يملك ومالم يملك

وأما ماذكره في قوله : وان قلنا الخ فلعل غرضه أنه اذا لم يكن

فضلا عن المقام الذي لاتقدح فيه جهالة وجود الربح ولاجهالة مقداره التعيني و ان كان معلوماً بالحصة المشاعة ، كما اشكل غيره أيضاً ببيع ما يملك ومالا يملك .

أقول : الاشكال وارد حيث ان الجهالة المطلقة ضارة لاالجهالة بالقدر الواقع ازاء كل جزء ، وانما يضر الاول دون الثاني ، لان دليل نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم، عن الغرر (١) الا لايشمل الاول، فحال الجهالة في المقامين (مالم يملك ومالم يملك) حال ماذا اشترى داراً وبستاناً بالفين ، و لم يعلم ان أياً منهما بازاء كم من العوض، ثم على ما ذكرناه من جواز الجهالة بالنسبة الى العين يجوزان يشترى الدار بقدر من النقد يكون ذلك النقد في قبال الدار اذا بيعت هي والبستان بالفين، وذلك لان النسبة معلومة في الواقع عند العرف، وان لم يعرفها المتبايعان.

ولذا يجوز ان يشتري وسقاً من الحنطة بدينار في بلد يعرف قدر الوسق. وقيمة الدينار (قوته الشرائية) وان كان الطرفان غريبين لايعرف هذا المشتري كم قدر الوسق بوزن بلادهم (حيث الوزن في بلده بالحقق) ولايعرف البائع قيمة الدينار بقوته الشرائية فى بلادهم (حيث النقد في بلده الدرهم) والمسألة وان كانت بحاجة الى التأمل ، الاانها في الجملة حسب القواعد .

(وأما ماذكره) الشيخ (في قوله: وان قلنا الخ فلعل غرضه أنه اذا لم يكن

---

(١) الوسائل : ج/١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح/١٢ .

الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنه لم يشترط فلايلزم الجهالة فى الصحة وفيه أنه على فرض ايجابه للجهالة لايتفاوت الحـال بين لزوم العمل بــه وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لاجله

الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمهفكأنه لم يشترط) فكما انه اذا لم يكن شرط لم يكن هناك مايضربالمضاربة ، فكذلك اذاكان شرط، لكنهكان وجوده كعدمه .

(فلايلزم الجهالة في الحصة،) الظاهر ان غرض الشيخ ماذكره المستمسك بقوله: غرضه تضعيف ماذكره أولا، وأختيارصحة الشرط، وعدم وجوب الوفاء به لخصوصية في مضمونه وهو البضاعة التي هي من العقودالجائزة لاالقصور فيه .

أما اشكاله على الماتن بأنه اذاكان غرض الشيخ ماذكره الماتن كان الاولي تقريره ، بناءاً على البطلان ، لان الباطل اولى ان يكون وجوده كعدمه ، فكأنه لم يشترط ــ انتهى .

فلم يظهروجهه ، لانه اذاكان الشرط باطلا أوجب الضرر بوجوده وهوما ذكره أولا ، بأنه يوجب الجهالة فكيف يقال : ان وجوده كعدمه .

(و) كيفكان فـ (فيه أنه على فرض ايجابه) أي ايجاب الشرط (المجهالـة لايتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لاجله ،) لكن يرد على المصنف انه كماتقدم اضرب الشيخ عن كلامه

هذا وقد يقرر فى وجه بطلان الشرط المذكور أن هذا الشرط لاأثر له أصلا ، لانه ليس بلازم الوفاء ، حيث انه فى العقد الجائزولا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ ، حيث انه يجوز فسخه ، ولومع عدم التخلف

الاول الى قوله: (وان قلنا..) فبني على صحة كل من العقد والشرط غير انه لايجب الوفاء بالشرط لخصوصية في مضمونه فلايرد عليه قول المصنف : «وفيه . . » ولذا اشكل عليه السيد الجمال بقوله : بعد ان كان مرجع هذا الوجه الاخير الى المنع عن كون الشرط في ضمن العقود الجائزة بمنزلة الضميمة لاحد العوضين وكان وجوده كعدمه ، وكأنه لم يشترط فلايقع من العوض الاخر شيء بازائه على كل من تقديري صحته أوفساده، واذا كان كذلك ، فمن اين يفرض ايجاب فساده جهالة العوض ، وهل هو الامن فرض ايجاب الشيء لما يلازم نقيضه.

(هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور) شرط البضاعة على العامل بما ذكره الجواهر به (أن هذا الشرط لاأثر له أصلا ، لانه ليس بلازم الوفاء، حيث انه في العقد الجائز) الذي هو المضاربة، وكل شرط في العقد الجائز غير لازم الوفاء كما تقدم انه المشهور بينهم .

(ولايلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث انه يجوز فسخه، ولومع عدم التخلف ،) فان الشرط له أثار منها أثر تكليفي هو وجوب الوفاء به ، وبه يكون ايصال الحق الى صاحب الشرط ، فانه وان كان في نفع الغير ، كما اذا شرط البائع على المشتري اعطائه خبزاً للفقير ، فان الاعطاء حق للبائع اذا اعطاه المشتري للفقير فقد أعطى حق البائع، وكذلك اذا شرط عليه قرائة سورة

وفيه أولا: ماعرفت سابقاً لزوم العمل بالشرط فى ضمن العقود الجائزة مادامت باقية ولم تفسخ ، وان كان له ان يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به وثانياً : لانسلم أن تخلفه لايؤثر فى التسلط على الفسخ

من القرآن بثواب أب المشترى مثلا .

ومنها وضعي هو جواز الفسخ مع التخلف ـ ان قلنا بوجود الحكم الوضعي كما هو المشهور ـ ومنها انه اذا لم يف به المشروط عليه كان للشارط الزامه به بسبب الحاكم ، ومنها حق المشروط له ان يبطل ماكان خلاف الشرط اذا كان مما يقبل البطلان ، كما اذا اشترطت على الزوج ان لايتزوج عليها فتزوج ، فان لها حق الابطال للنكاح الجديد، الى غيرذلك مما ذكروا في مسألة الشرط، وان كان بعضها محل تأمل .

وعلى أي حال ، فلايترتب على الشرط في المقام أي أثر يجب الوفاء به، ولايأتى حق الفسخ من قبل تخلف الشرط ولاللشارط الزام المشروط عليه اذا لم يف .

(وفيه أولا : ما عرفت سابقاً) من اختيار المصنف (لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة مادامت باقية ولم تفسخ، وان كان له) أي المشروط عليه (ان يفسخ) العقد (حتى يسقط وجوب العمل به،) أي بالشرط.

(وثانياً : لانسلم أن تخلفه لايؤثر في التسلط على الفسخ) اذ الفسخ على قسمين فسخ من جهة جواز العقد و فسخ من جهة تخلف الشرط واحدهما غير الاخر

اذ الفسخ الذى يأتى من قبل كون العقد جائزاً انما يكون بالنسبة الى الاستمرار بخلاف الفسخ الاتى من تخلف الشرط فانه يوجب فسخ المعاملة من الاصل

(اذالفسخ الذي يأتي من قبل كون العقدجائزاًانمايكون بالنسبة الى الاستمرار،) فاذاعقدأول الشهر وفسخ وسط الشهريكون الفسخ من وسط الشهر ، ويترتب آثار العقد من اول الشهر الى وسطه .

(بخلاف الفسخ الاتي من تخلف الشرط فانه يوجب فسخ المعاملة من الاصل،) وانما أتى هذا الفرق ، لان في العقدالجائز ، لادليل على أكثرمن كون الفسخ من حين الفسخ، لامن أول زمان العقد، ولذاتكون كل الآثار من أول العقد الى حين الفسخ للطرف المنتقل اليه ونحوه ، فاذا وكل زيداً في اشتراء عشرة دور وكانت له من الاجرة لكل اشتراء دينار ، فاشترى خمسة و فسخ احدهما كان للمشتري على البائع خمسة دنانير، لا اجرة المثل لكل اشتراء ، بتوهم ان الفسخ من الاصل فعليه اجرة المثل [لئلا يتوى عمل المسلم].

أما الفسخ في العقد اللازم لتخلف الشرط ، فهو فسخ من حين العقد لان العقد انيط بهذا الشرط ، فاذا لم يحصل الشرط كان للشارط ان يبطل العقد من اصل ، حيث لم يف المشروط عليه بشرطه ، وهكذا يكون حال العقد الجائز ، لوحدة العلة فيهما ، لكن ربما يورد على ذلك ان الفسخ في العقد اللازم أيضاً من حين الفسخ ، ولذافاذا تزوج البنت ثم فسخ عقدها ، لان فيها أحد مجوزات الفسخ بقيت الام حراماً ،وكذلك سائر أقسام المحرمات بالمصاهرة اذا حصل

فاذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فان كان من القسم الاول اقتضى حصوله من حينه . فالعامل يستحق من ذلك الربح مقدار حصته وان كان من القسم الثانى يكون تمام الربح للمالك

فسخ من اى منهما ،وذلك لانه حصل النكاح المحرم ـ بالاطلاق ـ .

ولادليل على ان الفسخ يجعله كان لم يكن وكذلك اذا حلف ان لايبيع ثم باع بالشرط وفسخ كان عليه الحنث ، حيث ان الفسخ لا يجعل البيع كان لم يكن ، الى غير ذلك من الامثلة .

وان شئت قلت : ان مقتضى الادلة كون الفسخ من حين الفسخ ، لان تأثيره أثراً رجعياً في ما سبق بحاجة الى الدليل ، والاصل عدمه الا اذا كان في مورد دليل خاص ، ويدل على ماذكرناه ما ورد من ان النماء في مدة الخيار للمشتري اذا حصل الفسخ .

وكيف كان ، فموضع المسألة ليس هنا ، وانه أردنا الالماع اليه .

أما على ما ذكره المصنف : (فاذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فان كان من القسم الاول) الذي يكون أثر الفسخ من حين الفسخ ، لا من الاصل (اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق من ذلك الربح مقدار حصته) بالنسبة فاذا كان له النصف كان له نصف الربح الحاصل الى حين الفسخ وهكذا سواء زادت الحصة عن الاجرة أو نقصت أو ساوت ـ وان كان في المساوي لايظهر أثر عملي للفرق بين الحصة والاجرة ـ .

(وان كان من القسم الثاني) الذي يكون أثر الفسخ من الاصل وكانه لم يحصل عقد أصلا (يكون تمام الربح للمالك) لانه نماء ملكه ، والمفروض ان العقد صار كان لم يكن ، وقد جعل هذا في جامع المقاصد مقتضى النظر ،

ويستحق العامل اجرة المثل لعمله . وهى قدتكون أزيد من الربح وقد تكون أقل فيتفاوت المال بالفسخ وعدمه اذا كان لاجل تخلف الشرط

لكن الجواهر قال : انه لايمكن التزام فقيه به ، وانه لاينطبق على القواعد .

أقول:هذا بالاضافة الى ما ذكرناه مكرراً من عدم استقامة كون نماء الملك للمالك ، لانه ناتج العمل والملك معاً ، فاللازم ان يكون بينهما .

(و) كيف كان ، فعلى رأى المصنف: (يستحق العامل اجرة المثل لعمله وهي قد تكون أزيد من الربح وقد تكون أقل) وقد تقدم ان احتمال ان يكون له أقل الامرين ، لان الحصة اذا كانت أقل لاحق له في التفاوت بينهما وبين الاجرة ، لانه بنفسه أهدر التفاوت ، حيث دخل على ان يكون له بقدر الحصة فقط ، غير تام بعد ان كان دخوله كذلك انما كان ، حيث العقد ، لانـه دخل مطلقاً ولو لم يكن عقد .

(فيتفاوت المال بالفسخ وعدمه) أي عدم الفسخ ـ وان كان فسخ آخر من جهة جواز ـ (العقد اذا كان لاجل تخلف الشرط) فقد يكون له حصة أقل أو أكثر من الاجرة ، وقد يكون له اجرة أقل أو أكثر من الحصة .

وكيف كان ، فاشكال المصنف على الجواهر غير ظاهر ، وان جعله المستمسك ظاهراً ، وغالب من وجدتهم من المعلقين سكتوا على المصنف في اشكاله على الجواهر ، الا ان أحدهم قال عند قول المصنف : (بخلاف الفسخ الاتي من تخلف الشرط) الظاهر عدم الفرق بين الصورتين في كون الانفساخ من حين الفسخ ـ انتهى .

ولعله أراد ما ذكرناه . والله العالم .

مسألة ــ ٣٤ ــ يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض أو القسمة لانقلا ولا كشفاً على المشهور، بل الظاهر الاجماع عليه لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما

(مسألة ــ ٣٤ ــ يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض) بأن يصبح الربح نقداً (أو القسمة) بان يكون له حق قبل القسمة فاذا قسم كان له ما قسم له (لانقلا ولا كشفاً) فالانضاض والقسمة لاينقلان الربح الى العامل، كما انهما لايكشفان عن كون الربح كان للعامل قبل ذلك فلامدخلية لهما اطلاقاً، بل وجودهما كعدمهما في ان الملك للعامل حصل بمجرد الربح وقولهم ظهور الربح يراد به عالم الثبوت، لاعالم الاثبات، كما هو واضح.

(على المشهور، بل الظاهر الاجماع عليه) ولذا قال المسالك: لايكاد يتحقق فيه مخالف ولانقل في كتب الخلاف عن أحد من اصحابنا ما يخالفه ونحوه من غيره.

نعم في القواعد: ويملك بالظهور لابالانضاض على رأى. قال في المستمسك وظاهره التوقف وعدم انعقاد الاجماع عليه.

(لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما) فاذا حصل ربح كان بينهما، و اشكال المستمسك وغيره عليه بان الشرط انما اقتضى الملك على تقدير الوجود لانه يقتضي الوجود، كما هو المدعى.

ومنه يظهر الاشكال في قوله: (ولانه مملوك) ــ انتهى ــ غير وارد، لان الحكم وهو (للعامل) كان مرتباً على الموضوع وهو (الربح) فاذا حصل الربح حصل الحكم، فادعاء عدم الملك مع قبول تحقق (الربح) غير ظاهر الوجه.

ولانه مملوك وليس للمالك فيكون للعامل وللصحيح: رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لايعلم؟ قال عليه السلام: يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق

(ولانه مملوك) اذ ليس من المباحات الاصلية ، ولامثل الوقف .

(وليس للمالك) لفرض انه زائد على حصة المالك ، كما ليس لغيرهما بالضرورة .

(فيكون للعامل) و«الاشكال عليه ، كما في بعض الحواشي ان الربح قبل الانضاض ليس أمراً موجوداً في الخارج حتى يكون مملوكاً ، بل ولايعتبر العقلاء للربح وجوداً في مقابل العين مملوكاً بملكية ما وراء ملكية العين ـ انتهى.

غير وارد ، اذ الربح أمر عرفي ، وليس دقياً وهو حاصل ، وقوله بعدم اعتبار العقلاء خلاف ما يظهر من مراجعة العرف ، ولذا يؤخذ من مثل هـذا العامل الضرائب في الحكومات الحاضـرة ، ويفرح العاملون بهذا الظهور ، ويكذبون اذا ادعوا انهم لايملكون شيئاً ، الى غير ذلك .

(وللصحيح) الذي رواه المشايخ الثلاثة ، عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : (رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لايعلم) أي فهل يعتق الاب على العامل ، حيث ان الانسان لايملك العمودين .

(قال عليه السلام يقوم) الاب (فان زاد درهماً واحداً) هذا من باب المثال كما لايخفى، اذ زيادة دانيق له نفس الحكم أيضاً (انعتق) لبناء العتق على التغليب

واستسعى فى مال الرجل اذ لولم يكن مالكاً لحصته لم ينعتق أبوه نعم عن الفخر عن والده أن فى المسألة أربعة أقوال ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة :

(واستسعى) العبد (في مال الرجل) المالك،لان الزائد من حصة العامل للمالك[1] وجه الاستدلال بهذاالصحيح انه (اذ لو لم يكن)العامل(مالكاً لحصته) بمجرد زيادة درهم .

(لم ينعتق أبوه) فان العتق انما هو فيما اذا كان العامل مالكاً لشيء ورد المستمسك للمصنف بقولـه : هذا أول الكلام ، بل من الجائز الانعتاق بذلك وارتكابه أهون من ارتكاب ملك العامل بالظهور ، اذ تحقق انه لاوجود له غير ظاهر ، اذلا وجه للانعتاق الا الملك ، كمـا يفهم من روايات الانعتاق لمـن ملك العمودين ، وليس كلام المنصف في الاستحالة العقلية، بل كلامه في الظهور العرفي وهو حاصل فرده بـ (الجائز) خلاف القاعدة .

نعم الادلة العقلية ترد اذا كان خلاف المدلول ممكناً ، ولـذا قالوا (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال) انماهوفي الادلة العقلية، لافي الظهورات العرفية المستفادة من الادلة اللفظية .

(نعم عن الفخر عن والده) العلامة (أن في المسألة أربعة أقوال) كما نقله المسالك وغيره عنه (ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة) كما ذكر بعضها التذكرة عنهم .

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٨ الباب ٨ من أبواب المضاربة ح/١ .

أحدها : ماذكرنا الثانى : أنه يملك بالانضاض، لان قبله ليس موجوداً خارجياً ، بل هو مقدر موهوم الثالث : أنه يملك بالقسمة لانه لوملك قبله لاختص بربحه ولم يكن وقاية لرأس المال الرابع : ان القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لانها توجب استقراره والاقوى ما ذكرنا لماذكرنا

(أحدها : ما ذكرنا) من ملك العامل للربح بمجرد الظهور .

(الثانى: أنه يملك بالانضاض، لان قبله ليس موجوداً خارجياً ، بل هو مقدر موهوم) وقد ذكر هذا التعليل الايضاح لهذا الوجه ، ورده المستمسك بأنه ان تم اقتضى نفي الاول ، لا اثبات الثاني، وفيه : انه يثبت الثاني بمقدمة مطوية هي عدم الشك في كونه لدى الانضاض للعامل ، لانه حينئذ موجود خارجي .

(الثالث : أنه يملك بالقسمة) فالانضاض لايكفي فى ملكية العامل له (لانه لوملك قبله لاختص بربحه) كما ذكره الايضاح تعليلا لهذا الوجه ، ورده له بأنه انما ينفي الاولين ، ولا يثبت الثالث فيه ما تقدم فى الثاني .

(ولم يكن وقاية لرأس المال) فكونه وقاية دليل على عدم ملك العامل له قبل القسمة .

(الرابع: ان القسمة كاشفة عن الملك سابقاً) بظهور الربح (لانها) أي القسمة (توجب استقراره) فالفرق بينه وبين الثالث ان القسمة في الثالث ناقلة ، وفي هذا كاشفة ، وأثر الفرق المذكور يظهر مما ذكروه في الكشف والنقل في التصرف الذي يتعقب المعاطاة ، وفي مسألة بيع الفضول وغيرهما .

(والاقوى ما ذكرنا) من القول الاول (لما ذكرنا) من الدليل .

ودعوىأنه ليسموجوداًكماترى و كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع

(ودعوى) القول الثاني (أنه ليسموجوداًكما ترى) اذ لو اريدبه الوجود الذي يحصل بالانضاض فذلك مما لميدعه أحد،ولو اريد به الوجود الاعتبارى الذى هو ميزان جملة من الماليات مما يجعله العقلاء محورالاخذ والعطاء فهو موجود ، ولذا يجعله العقلاء منشأ الاثار .

(و) ان قلت : الموجود هو العين فقط ، والعين لم يزد فيها ، والقيمة ـ وان زيدت ـ الا انها ليست شيئاً خارجياً ، بلهي أمرو همي ، والامرالوهمي لايعقل ان يكون ملكاً ، لان ثبوت شيء لشيء فرعثبوت المثبت له .

قلت : (كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع) لان الامر الوهمي لايكون منشأ اعتبار العقلاء والاثار التي يرتبونها علىالموجود ، فاذا رأيناهم يرتبون الاثار على القيمة ظهر من ذلك ان للقيمة وجوداً عندهم، ومثل هذا الوجود كاففي أن يكون مملوكاً .

ومنه يعلم ، ان قول المستمسك: ان الدعوى المذكورة في محلها ولذلك كان المعروف بينهمعدموجوب الخمس فيارتفاع القيمة، وأفتى به المنصف في (كتاب الخمس) وقوله : (ممنوع) غير ظاهر ، اذ القيمة عبارة عن المالية التي تكون في العين ، ولاشك انها أمر اعتبارى ناشيء عن حدوث الرغبة فى العين المصحح للتنافسعليها عند العقلاءوبذل المالبازائها، وليس لهاوجود عينى فى الخارج ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، فان المعروف من عدم الخمس فى ارتفاع القيمة ، محل منع ، مع انه يصدق عليه الغنيمة ، والفائدة الايقال ان فلاناً استفاد فائدة

كبيرة اذ اصار رأس ماله على الضعف ؟ وقد فسر غير واحد الغنيمة بالفائدة ، وكذلك يقال غنم غنيمة كبيرة ، وقول الجواهر بأن الربح حقيقة ما زاد على عين رأس المال مصادرة ، وادعاء ان العرف واللغة يقتضيان ذلك أول الكلام بل ظاهر منهما أعم من ذلك ، كما يجده المراجع الى العرف ، والى اللغة المأخوذة ـ أيضاً ـ من العرف .

وأما قول المستمسك: (المنع غير ظاهر) ففيه بالاضافة الى النقض بأنه لو لم يكن ارتفاع القيمة شيئاً فلماذا يبذل المال بازائه ؟ ان العين كانت في قبال عشرة؟ فلماذا صارت الان في قبال عشرين؟ أليس هناك روح سار فيهذه العين قد يكون معادلا لعشرة وقد يكون معادلا لعشرين ؟ فان القيمة كما حققه الاقتصاديون، ويراه العرف روح سار في الاعيان باعتبار ذلك الروح تكون

عين تساوى عيناً أوأقل منها أوأكثر، فكل من مقدار خاص من اللبن والتمر و الزبد والجبن فيه شيء يجعل اللبن بقدر التمر قيمة وأكثر من الزبد وأقل من الجبن ـ مثلا ـ وبالارتفاع والانخفاض العين لم تتبدل ، فما الذي بدل اذا لم تكن القيمة امراً واقعياً وموجوداً في عالم الاعتبار.

وقد حقق في محله ان الامور الاعتبارية، والامور الانتزاعية لها وجودات في عوالمها ، كما ان الاعيان الخارجية لها وجودات في عوالمها ، وتلك الوجودات هي محل الاثار الشرعية والعقلية ، وكما لايضر عدم وجود العين في عالمي الاعتبار والانتزاع ، كذلك لايضر عدم وجود الامور الاعتبارية و

مع أنا نقول :انه يصير شريكاً فى العين الموجودة بالنسبة ولذا يصح له مطالبة القسمة مع أن المملوك لايلزم أن يكون موجوداً خارجياً ، فان الدين مملوك ، مع أنه ليس فى الخارج

الانتزاعية في عالم الاعيان ولم يدع أحد ان للارتفاع وجوداً في الاعيان الخارجية حتى يرده المستمسك بأن القيمة ليس لها وجود عيني في الخارج وكان الاولى في المقام احالة الامر الى العرف حتى لايحتاج الى ذكر الامور الدقية.

(مع أنا نقول:) اذا سلمنا عدم وجود قيمة يشترك فيها العامل لانها أمر وهمي (انه) اى العامل (يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة،) وذلك بعد تسليم ثلاث مقدمات: هي ان الربح موجود عرفاً، وان العامل شريك في الربح وانه لامكان للشركة الا العين، فاللازم الاشتراك فى العين.

(ولذا) الذى هو شريك فعلي (يصح له مطالبة القسمة) حيث ان العامل له ابطال المضاربة ولولا حقه في الربح بعد الابطال فمن اين له المطالبة بالقسمة؟

ومنه يعرف وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال: لاوجه له، لانه اذا لم يكن له ربح فلا ملك للعامل في الذمة، ولافى العين ـ انتهى .

ثم نأتي لنسلم ان القيمة ليست عيناً خارجية، ونسلم ان العامل ليس شريكاً فى العين، لكنا نقول: العامل مالك لهذه القيمة التى ليست خارجية، وذلك ما اشار اليه بقوله: (مع ان المملوك لايلزم ان يكون موجوداً خارجياً، فان الدين مملوك، مع انه ليس في الخارج،) فاذا طلب زيد من عمرو ديناراً قال: اني املك ديناراً ـ عرفاً وشرعاً ـ مع ان الدينار ليس فى الخارج، فاذا صح ذلك في

ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته بدعوى أنه حقيقة مازاد على عين الاصل وقيمة الشيء أمروهمي لا وجود له لاذمة ولاخارجاً فلا يصدق عليه الربح نعم لابأس أن يقال: انه بالظهور ملك ان يملك، بمعنى أن له الانضاض فيملك.

الدين فأى مانع ان يصح في القيمة التي ليست بعين خارجية ، وقد رد ذلك المستمسك بما لايعلم مراده قال: هذا مسلم، الا انه لما كان له مطابق خارجي ومصداق عيني، صح ان يكون مملوكاً، وليس كذلك القيمة المالية ـ انتهى .

فانه اذا انتهت النوبة الى مثل هذا كان العكس أولى، اذ القيمة لها مطابق خارجي ومصداق عيني ـ هي العين الموجودة ـ بينما الدين الذى في ذمة انسان ليس له مطابق خارجى ولا مصداق عيني .

(ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته) اى ملكية الربح (بدعوى انه حقيقة مازاد على عين الاصل،) لان الاصل على حاله وانما المفروض ارتفاع القيمة .

(وقيمة الشيء أمر وهمي لاوجود له لاذمة ولاخارجاً،) اذ ليس في ذمة المالك ولاله في الخارج عين ـ لفرض بقاء العين على حالها ـ.

(فلا يصدق عليه الربح،) وحيث لايمكن انكار انه حدث شيء بارتفاع القيمة، اذ تختلف حال ما قبل زيادة القيمة، وعند زيادة القيمة قال: (نعم لابأس ان يقال: انه بالظهور) للربح (ملك) العامل (أن يملك، بمعنى أن له الانضاض فيملك) اذا نض المال. وهل هذا الكلام (نعم) الاتحاش من أمر عرفي وحقيقة

واغرب منه انـــه قال : بل لعل الوجه فى خبرعتق الاب ذلك ايضاً ، بناءاً على الاكتفاء بمثل ذلك فى العتق المبنى على السراية اذلا يخفى مافيه مع ان لازم ماذكره كون العين بتمامها ملكـــاً للمالك حتى

اعتبارية الى أمر ليس بعرفى، والى مالا يعتبره العقلاء ؟

(وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبـــر عتق الاب) في الصحيـــح المتقدم[1] (ذلك)اى ملك العامل ان يملك الربح ـ فيما اشترى اباه وربـــح ولو درهماًـ(ايضاً،بناءاً على الاكتفاء بمثل ذلك)أي ملك ان يملك(فى العتق المبنى على السراية) فكما يحرر الشارع العبد بالسراية ، كذلك يحرر الشارع العبد اذا ملك العمودان ان يملكا شيئاًمن العبد وانما كان أغرب .

(اذلايخفى مافيه ،) اذلا داعى الى مثل هذا التـــكلف بعد ان يرى العرف ان الولد قد ملك شيئاً من ابيه بمجرد ارتفاع قيمة الاب ، فاللازم ان يختص أمر العتق بما اذا ملك لاباضافة مااذا ملك ان يملك، ولذا لم يذكرذلك احدمن الفقهاء قبل الجواهر ،بل والمشهور بعده أيضاً ذهبوا الى ما ذهب اليه من قبله(ره)

قال السيد البروجردى: هذا (اى لعل الوجه ..) فى غاية الضعف، اذ غاية مايمكن ان يقال هوان ملكه، لان يملك أباه موجب لعتق أبيه وليس هنا كذلك فانه ملك ان يملك قيمة ابيه لانفسه .

(مع ان لازم ماذكره) الجواهر(كون العيـــن بتمامها ملكاً للمالك حتى

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٨ الباب ١ إذا اشترى اباه ح/١ .

مقدار الربح مع انـه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامـل من الربح للمالك فلاينبغى التأمل فى ان الاقوى ماهو المشهور نعم ان حصل خسران او تلف بعـد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل ، لاان يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الاول

مقدار الربح مع أنه) بنفسه (ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك،) فكيف يمكن الجمع بين هذين الكلامين.

(فلا ينبغي التأمل فى أن الاقوى) بل المتعين (ما هو المشهور،) من ملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، أما كون الربـح وقاية لرأس المال، كما ذكره القائل بالقول الثالث فليس ذلك دليلا على تمامية ماذكرناه وذلك لما ذكره بقوله: (نعم ان حصل خسران أوتلف بعد ظهور الربـح خرج عن ملكية العامل، لاأن يكون) التلف أوالخسران(كاشفاً عن عدم ملكيتهمن الاول) فالملكية تحصل من حين الظهور للربـح، لكنها ملكية غير مستقرة، كما عبر بذلكغير واحد من الفقهاء، وان قال السيد البروجردى: انه ليس بذلكالبعيد لان ما اشترط في العقد كونه بينهما هو ربح تجارته بالمال، لاربح كل واحد من معاملاته والربح المتعقب بالخسران لايوجب كون التـجارة رابحة حتى يشمله الشرط، ودلالة النص عليه أيضاً لايخلو من مناقشة، وعلى تقدير حصول الملكيـة ، فالظاهر عدم ترتب آثار الملك عليه لتعلق ضرر المال به ، لكونه وقاية لرأس ماله ـ انتهى .

وعلى ماذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة وان كانت موقوفة على رضى المالك ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما ومن الارث وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحج وتعلق حق الغرماء به ووجوب صرفه فى الدين مع المطالبة الى غير ذلك

ويخفى ان النزاع علمي لاأثر له .

(وعلى ماذكرنا) من انه ملك متزلزل (يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة) بالنسبة الى الربح، كما هو شأن كل شريكين فى شيء (وان كانت) القسمة (موقوفة على رضى المالك) اذ القسمة لاتكون الا برضى الطرف . .

نعم ان امتنع الطرف كان له الاجبار بواسطة الحاكم وان لم يمكن الاجبار كان له الاخذ من باب التقاص كما ذكرنا ذلك فى (كتاب القضاء) :

(ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما ،) من سائر المعاملات الممكنة شرعاً ، وكذلك مثل جعله مهراً (ومن الارث) لومات (وتعلق الخمس والزكات وحصول الاستطاعة للحج) لانه ماله ، فيشمله أدلة تلك الامور.

(وتعلق حق الغرماء به،) في المفلس (ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة) وعدم مال له غيره عيناً ، أو مع وجود مال آخر له كفاية (الى غير ذلك) كوجوب اعطاء نفقة واجبى النفقة منه عيناً أو كفاية ، وانه لايكون معسراً حتى ينظر الى الميسرة ولزوم وفاء نذره ونحوه منه ولوفعل بالمال فعل الملاك ثم خسر ونحوه

فان كانت عينه موجودة استرجعها ، أو اعطى بدلها ـ اذلا دليل على لزوم كون الوقاية من العين ، فان المفهوم عرفاً من كون الربح وقاية انه أو بدله كذلك ـ كما هو المستفاد من وجوب اداء الامانة ، وصرف ربع الوقف ونحوهما، فاذا أعطاه ديناراً امانة فارجع ديناراً كان قد أدى الامانة ، ولا يعد خائناً ، وكذلك اذا أخذ ربح الوقف ، وصرف بقدره في الموقوف عليه كان عمل بقاعدة الوقوف على ماوقفها أهلها ، الى غير ذلك .

ولولا رؤية العرف الاعم ـ والمفروض انـه هو الذي القي اليه الكلام ، حسب الابلسان قومه ونحوه ـ لكان اللازم القول بالخصوصية في العين ، ولو للاستصحاب ، ولو اجرى على العين معاملة ثم ظهرت الخسارة كانت المعاملة فضولية متوقفة على اجازة المالك .

نعم اذا اجرى المعاملة على الذمة، ثم جعل الربح وفاءاً فسقط الربح، كان عليه ان يفي من مكان آخر ، الى غيرها من المسائل المرتبطة بالمقام من مختلف أبواب المعاملات .

مسألة ــ ٣٥ ــ الربح وقاية لرأس المال فملكية العامل له بالظهور متزلزلة فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى أن تستقر ملكيته والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة

(مسألة ــ٣٥ــ الربح وقاية لرأس المال) بلااشكال ولاخلاف، وفي المسالك انــه محل اتفاقهم ، و يدل على ذلك انه مقتضى العقد ، لان حصة من الربح المجعول للعامل ، لاتحقق له اذا خسر .

أما مافي المستمسك من ان الربح المجعول للعامل مازاد على تدارك النقص المالي الحادث من خسران أوتلف ، فلايخفى مافيه من المسامحة في التعبير، اذ القدر المتدارك لايسمى ربحاً .

(فملكية العامل له بالظهور متزلزلة،) لانه لايعلم هل يخسر ونحوه أم لا ؟ فلو لم يخسر ونحوه ظهر انه كان ملكاً مستقراً لم يعلم به . فان احتمال الخسران ظاهري ، اذ الواقع لايغير عن واقعه .

(فلو عرض بعد ذلك خسران أوتلف يجبر به) أي بذلك الربح (الى أن تستقر ملكيته،) فلا تزلزل بعد ذلك .

(والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة) لان العقد قــد انتهى بجميع توابعه ، فلاوجه لعدم الاستقرار، فان مقتضى الملك الاستقرار ، الا اذا دل دليل على عدم استقراره ، فلا مجال لاحتمال كون مقتضى الاستصحاب عدم الاستقرار، لان الاستقرار مرتبة شديدة والاصل عدمه اذ بالاضافة الى ماذكرناه نقول : التزلزل والاستقرار مرتبتان من قبيل نوعين فلاتدرج بينهما حتى يقال

فبعدها اذا تلف شيء لايحسب من الربح ، بل تلف كل على صاحبه

بجريان الاستصحاب في المرتبة النازلة .

وقدذكرنا مثل ذلك في عقدي الدوام والمتعة ، فليست المتعة مرتبةخفيفة والدوام مرتبةشديدة حتى اذا شك أواختلفايكون الاصل مع المتعة ، بل مقتضى الاصل انيكون مع الدوام لان قيده بالزمن خلاف الاصل، وبدون القيديكون الدوام .

وقدأشار الجواهر الى وجه ماذكره المصنف بقوله : لاريب في الاستقرار حينئذ ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك .

أقول : وسكت عن المقدمة المطوية ، أي ماذكرناه بقولنا : (فلاوجه..) وقال في جامع المقاصد : لابحث في الاستقرار بذلك ، وفي المستمسك :لاريب فيه ، وعن الايضاح الاجماع عليه ، لانه قال : يستقر بارتفاع العقد و انضاض المال والقسمة عند الكل .

و كيف كان، فاذا اجتمعت الثلاثة (فبعدها اذا تلف شيءلايحسب من الربح، بل تلف كل) من الاصل والربح للمالك عند المالك والربح للعامل عندالعامل (على صاحبه،) اذلاوجه لئن يكون مال انسان على انسان آخر ، والظاهر انه يصح الشرط في ضمن عقدلازم على ان يكون التلف بعدالثلاثة من كيس غيرمالكه لاطلاق أدلة الشرط .

هذا اذا اجتمعت الثلاثة ، أماالثلاثةالمفردة الاخر ، أي اذا حصل الفسخ وحده بدون الانضاض والقسمة أوحصل الانضاض فقط أوالقسمة فقط، وكذلك

ولايكفى فى الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ بل ولاقسمة الكل كذلك

الثلاثة المركبة ، أي الانضاض مع الفسخ: أومع القسمة ، أوالفسخ مع القسمة فقد أشار المصنف اليها بقوله .

(ولايكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ ،) كماهو المشهور وجعله في الجواهر بلاريب ، وان كان يظهر من القواعد حيث قال : انما يستقر بالقسمة أوبالانضاض والفسخ ان القسمة كافية في الاستقرار.

ولذا أشكل عليه جامع المقاصد بأن قسمة الربح وحده لاتخرجه عن كونه وقاية لرأس المال ـ انتهى ، الا انه لم يظهر له وجه تام ، اذ معنى القسمة بنائهم على ان يكون لكل ماقسم له فاسترجاعه منه بالخسارة ونحوه يحتاج الى دليل، ولذا قال في المستمسك : لااطلاق لفظي لدليل الوقاية، كي يتمسك به في المقام وان العمدة في الوقاية الاجماع والارتكاز العرفي، وليس من الواضح شمولهما لما بعد القسمة ـ انتهى .

أما تصحيحه بما في بعض التعاليق بأن القسمة فسخ فعلي، فلا يكون التلف بعدها محسوباً من الربح ، ففيه عدم تسليم ان كل قسمة فسخ ، كما اذا كان رد المال الى المالك مع نصيبه من الربح لاحتمال عروض عارض ، أو لداع آخر من الدواعي .

(بل ولاقسمة الكل كذلك) يرد عليه انه لايكون في قبال ما تقدم من قسمة الربح وقد ذكر جامع المقاصد انه لامعنى للقسمة الاقسمة الربح اذ ليس في رأس

ولا بالفسخ مع عدم القسمة

المال شراكة ، أما ما ذكره السيد البروجردي وتبعه بعض المعلقين الاخر بقوله الظاهر ان قسمة الكل لاتنفك عن الفسخ، فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم بين القسمة وبين الفسخ .

(ولا بالفسخ مع عدم القسمة) وكأنه لأن المضاربة لم تتم بعد ، واذا بقي حكم المضاربة يكون الخسران على الربح، لانه من أحكامها، لكن في الجواهر تبعاً لجامع المقاصد جعله مبنياً على وجوب البيع على العامل بعد الفسخ ، و ان قلنا بعدمه فوجهان ، لكن الاقرب ان الفسخ يوجب استقرار الملك ، اذ المفروض ان الجبران كان من توابع المضاربة ، وقد ارتفعت بالفسخ ، ولذا اشكل غير واحد من المعلقين على المصنف، والاستدلال للجبران بالاستصحاب وعموم على اليد[1] وصدق مال القراض ليشمله مادل على ان مال القراض وضيعته من الربح ـ بضميمة ان عدم صدق انه مقارض لاينافي صدق مال المقارضة الذي هو موضوع الحكم المذكور ـ وان رأس المال يجب ان يسلم الى المالك تاماً اذا كان ربح فيشمله له غير تام ينافي ما قرراه من التسليم التام مع وجود الربح وان الارتكاز العرفي بقاءاً لاحكام الى ان تتحقق القسمة غير تام ـ على ذكر بعضهم ـ.

اذ يرد على الاول : انه لامجال له بعد تبدل الموضوع بالفسخ .

وعلى الثاني : ان المال امانة بيد العامل فلا يشمله دليل اليد .

وعلى الثالث : انه كان مال المقارضة ، فدليل الجبران لايشمله ، والالشمل

---

(١) المستدرك : ج/١٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتمم رأس المال بالربح نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة الى البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا؟

ما اذا حصل جميع الثلاثة الانضاض والفسخ والقسمة، وهل يقول القائل بذلك ويرى ان خروج ذلك بدليل خاص ؟

وعلى الرابع : ان التسليم ليس من تتمة المضاربة ، كما ان تسليم العين المستأجرة ليس من تتمة الاجارة ـ الى غير ذلك ـ كيف والمفروض ان المضاربة قد ارتفعت بالفسخ .

وعلى الخامس : ان الارتكاز بالعكس ، وانه يقتضي بقاء الاحكام الى ان تتحقق الفسخ ، كما في سائر العقود ، فاذا حصل الفسخ وارتفعت المضاربة ارتفعت بكل احكامها .

ومنه يعلم وجه النظر في قوله : (فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق) قبل الفسخ (فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتمم رأس المال بالربح) بل اللازم ان يكون لكل ماله ، ولكل أحكام ماله من الربح والخسران والتلف .

(نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة الى البعض وحصلت القسمة) بأن حصل امران من الامور الثلاثة الفسخ والقسمة (فهل تستقر الملكية) كما ذهب اليه جامع المقاصد والجواهر والمستمسك وغيرهم من المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم لانتهاء أمد المضاربة بالفسخ ـ كما تقدم ـ (أم لا؟) لبعض

ان قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار ، وان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار والحاصل: أن اللازم دفع مقدار رأس المال للمالك وثم يقسم مازاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح وتماميتها بماذكرنامن الفسخ والقسمة.

الادلة السابقة في صورة الفسخ مع عدم القسمة ، أم يفصل بما ذكره المصنف بقوله : (ان قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار ، وان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار) وكأنه لانه في الاول لم تتم المضاربة وفي الثاني ، حيث لايجب الانضاض ، فقد انتهت المضاربة فلا وجه لعدم الاستقرار ، لكنك عرفت ان مقتضى القاعدة الاستقرار مطلقاً .

قال في المستمسك: الظاهر ان الارتكاز العرفي يساعد على الاستقرار بالقسمة وان قلنا بوجوب الانضاض على العامل تعبداً .

أقول : لعله أراد بالتعبد بناء العقد على ذلك ، لانه تعبد شرعي اذ العقود تتبع القصود ، ولذا كان الارتكاز العرفي دليلا على الاستقرار ، اذ لايظهر من الادلة الشرعية تصرف الشارع في المضاربة خلاف العرف، بل قد امضاها الشارع كما سبق أول بحث المضاربة .

(والحاصل: أن اللازم) عند المصنف (دفع مقدار رأس المال للمالك وثم يقسم مازاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح) ولو كان التلف والخسارة اتى على كل الربح (وتماميتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة) ومنه يعلم، وجه النظر فى كلام السيد الجمال، حيث

قال : محصل ذلك هو انه لو اجتمعت الامور الثلاثة المذكورة ينتهي عمل المضاربة بذلك ، ويخرج الربح من كونه وقاية لرأس المال وتستقر مالكية العامل لحصته ، ولو حصل الفسخ والانضاض ولم يحصل القسمة ففي الاستقرار وعدمه وجهان مبنيان على كون القسمة خارجة عن عمل المضاربة جارية مجرى تميز سائر المشتركات ، أو كونها من متمماته ، ولو حصل الفسخ والقسمة بلا انضاض ففيه أيضاً وجهان مبنيان على انتهاء عمل المضاربة برضى المالك بقسمة العروض أو عدم انتهائه ووجوب الانضاض على العامل ، والاقوى هو الاول ، ولايخرج الربح بماعداذلك عن كونه وقاية لرأس المال حتى بالقسمة ناضاً الامع الفسخ لامع عدمه على الاقوى .

مسألة ـ ٣٦ ـ اذاظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته ، فان رضى الاخر فلامانع منها|وان لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك ، والحاجة الى جبره به

(مسألة ـ ٣٦ ـ اذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته ، فان رضي الاخر فلا مانع منها) لان المال بينهما ، وقد رضيا بالقسمة ، ثم ان خسر بعد ذلك فان قيل بمقالتنافي المسألة السابقة من ان القسمة كافية في خروج الربح المقسوم عن كونه يجبر خسران رأس المال فلا اشكال ، وان قيل بمقالتهم من التدارك ، فاذا خسر كان اللازم على العامل التدارك .

(وان لم يرض) العامل بالقسمة ، وانما أراد المالك القسمة حق للمالك اذ لاوجه لعدم القسمة ـ مما سيأتي في صورة عدم رضى المالك ـ فدليل السلطنة يشمل المقام ، وسيأتي تتمة الكلام فيه ، وان لم يرض (المالك) قال المصنف: تبعاً للمشهور ، بل عن جامع المقاصدو المسالك والجواهر ما يظهر عدم الخلاف فيه .

(لم يجبر) المالك (عليها لاحتمال الخسران بعدذلك ، والحاجة الى جبره به) كما علله بذلك غير واحد ، ويرد عليه أولا: ان احتمال الخسران غير مطرد اذ من الممكن القطع بعدم الخسران .

وثانياً: ان ذلك انما يمنع اذا أراد العامل التصرف في حصته ، أما اذا لم يرد التصرف فلامانع .

وثالثاً: ان ذلك انما يمنع من وجوب تمكين العامل من حصته ، لا من اصل القسمة.

ورابعاً : يمكن أخذ الكفيل ونحوه من العامل بالتدارك اذا خسر .

وخامساً : ان الاحتمال لايرفع تسلط الناس على أموالهم[١]، فان دليل لاضرر لايشمل احتماله ، كما لايشمل ، أي دليل احتماله ، وما ورد في باب الصوم من ان الصائم اذا خاف على عينه من الرمد انما ثبت ان حكم الخوف حكم الضرر بدليل خاص، كما ثبت ذلك في احتمال ضرر الوضوء والغسل والصلاة من قيام وما أشبه ذلك .

أما قول المستمسك في الاشكال على ذلك بأن احتمال الضرر المالي غير منفي، ولامأخوذ موضوعاً للاحكام . نعم احتمال الضرر النفسي منفي فيرفع اللازم اجماعاً ـ انتهى .

فيردان مقتضى اطلاق (لاضرر) ان كلا من الضرر المالي والعرضي والنفسي والجسدي منفي ، ويؤيده ان الحديث ورد في الضرر النفسي الذي هو عبارة اخرى عن الحرج ، اذ ان سمرة لم يكن يضر الانصاري مالياً ، وانما كان يضره نفسياً ، اي ان الامر كان حرجاً عليه، فلايمكن ان لايشمل الحديث مورده وكان عدم ذكرهم للضرر النفسي اكتفاء منهم بذكرهم لدليل الحرج .

أما نفي احتمال الضرر النفسي ـ كما يظهر تسليمه من المستمسك ـ فلم يدل عليه دليل ، اللهم الا ان يريد بالنفس الجسدي ، ويكون الاستدلال حينئذ للنفي ليس بدليل (لاضرر) لان الاحتمال ليس ضرراً ، والدليل انما قد نفى (الضرر) لااحتمال الضرر ، بل يكون الاستدلال لذلك بمثل لاتلقوا بأيديكم

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

قيل: وان لم‌يرض العامل فكذلك أيضاً لانه‌لوحصل الخسران‌وجب عليه رد ما أخذه ، ولعله لايقدر بعدذلك عليه‌لفواته فى يده وهو ضرر عليه وفيه أن هذا لايعد ضرراً

الى التهلكة،[1] وبما ذكروا في(كتاب الطهارة والصلاة والصوم) من ان‌المفهوم عرفاً من دفع الضرر دفع احتماله ايضاً اذا كان الاحتمال عقلائياً ، و لو كان من درجات‌الوهم،فاذا كان كل ستة يقتل‌واحد منهم كان ذهاب أحدهم‌يوجب وهم انه يقتل بينما الاحتمال في الاكثر من النصف ظن ، و في النصف‌شك ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى تلك الكتب .

(قيل :) والقائل التذكرة والتحرير والقواعد ، كما حكي (وان لم‌يرض العامل فكذلك أيضاً) لم‌يجبر عليها (لانه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه ، و لعله لايقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه) كما علله بذلك في جامع المقاصد ، فيشمله دليل لاضرر .

(وفيه) ما رده الجواهر على المحقق الثاني بـ (أن هذا لايعد ضرراً) حتى يرفعه دليل لاضرر ويكون حاكماً على ما دل على سلطنة الناس على أموالهم.[2]

وقد ذكرنا في (كتاب القضاء) لـزوم القسمة في المال المشترك اذا أراد أحدهما ذلك ، ولاحاجة الى تعليل ذلك‌بما في الجواهر والمستمسك بضرورة المحافظة عليه بعدم التصرف ، بل لو أغرمه لم‌يكن عليه ضرر لانه في مقابل‌ما

---

(١) سورة البقرة الآية/١٩٥ .

(٢) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

فالاقوى أنه يجبر اذا طلب المالك وكيف كان، اذا اقتسماه ثم حصل الخسران فان حصل بعده ربح يجبره فهو والا رد العامل أقل الامرين من مقدار الخسران وماأخذ من الربح

تصرف فيه ، وذلك لانه ، حتى اذا فرض انه ضرر عليه لايتدارك لم يكن وجه لرفع اليد عن دليل السلطة ، فهو مثل ما اذا لم يشتر أحد بضاعة الشريك بعد القسمة ، فان ذلك وان كان ضرراً على الشريك لم يمنع من القسمة الا اذا كان للضرر قوة يوجب تقديمه على دليل السلطنة .

وكذا اذا كان رخص الجار قيمة بضاعته يوجب ضرراً على الجار الاخر اذ مثل هذا الضرر لا يوجب منع الجار عن رخص بضاعته ، الى غير ذلك من الامثلة ، فان دليل لاضرر قد ينصرف عن محل ، وقد يعارض بلاضرر آخر ، وقد يعارض بدليل آخر فلايقدم دليل لاضرر على ذلك الا اذا كان أقوى مناطاً.

(فالاقوى أنه يجبر اذا طلب المالك) كما هو المشهور حسب ما وجدناه في كلمات المتأخرين لما عرفت من قاعدة السلطنة .

(وكيف كان ، اذا اقتسماه ثم حصل الخسران فان حصل بعده ربح يجبره فهو) اذ لايضر الخسران حينئذ بتدارك رأس المال من الربح ـ الذي تقدم انه مقتضى المضاربة ـ .

(والا) فعلى ما تقدم اناخترناه من ان القسمة توجب ملكية كل لما أخذه فلاشيء أيضاً اذ الخسران يكون حينئذ على المالك الذى رضى بالقسمة لانه أقدم على خسارة نفسه، وان لم يرض المالك (رد العامل أقل الامرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح) المراد مقدار الخسران الذى عليه ، اذ لما قسم الربح كان

لان الاقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجبره والزائد له وان كان هو الربح فليس عليه الامقدار ماأخذ ويظهرمن الشهيد أنقسمة الربح موجبة لاستقراره ، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدهـا ، حيث قال على انقل عنه : ان المردود أقل الامرين مما أخذه العامـل من رأس المـال لامن الربح .

الخسران عليهما بالنسبة كما هو مقتضى المضاربة .

(لان الاقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجبره) فلاوجه لاخذ ما بقى من الربح منه .

(والزائد) التفاوت بين قدرما أخذ وقد رحصته من الخسران (له) لانهماله لميخرجه عن كيسه شيء .

(وانكان هوالربح فليس عليه الا مقدار ما أخذ) فانه لولم يكن أخذ ربحاً لميكن عليه شيء ، فكذا اذا أخذ لميكن عليه أزيد من الربح .

(ويظهر من الشهيد أن قسمة الربحموجبة لاستقراره،وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها ، حيث قال على ما نقل عنه :)الشهيد الثاني في المسالك بما خلاصته (ان المردود أقلالامرين مماأخذه العامل من رأس المال لامنالربح) أي اذا كانت الخسارة أقل رد الخسارة ، واذا كان ما أخذه من رأس المال أقل رد القدر الذى أخذه من رأس المال لاكما تقدم من المصنف وذكرهالمشهور من ان المردود أقل الامرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح .

فلو كان رأس المـــال مأة والربح عشرين فاقتسمـــا العشرين فالعشرون التى هى الربح مشاعة فى الجميـع نسبتها الى راس المال نسبـة السدس فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمس أسداسها من رأس المـال ، وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشر وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال فاذا خسر المال الباقى رد أقل الامرين مماخسرو من ثمانية وثلث

(فلوكان رأس المال مأة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون) ليس الربح وانما فيه شيء من الربح، كما ان بقية الربح تبقي في المأة الباقية بعنوان انه رأس المال اذ العشرون (التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى رأس المال نسبة السدس ، فالمأخوذ سدس الجميع) أى مأخوذ بعضه من رأس المال وبعضه من الربح ، وليس المأخوذ ربحاً خالصاً، كما ليس الباقي [المأة] رأس مال خالص (فيكون خمس أسداسها من رأس المال ، وسدسها من الربح) فان المأخوذ من المشاع مشاع فلا يعين لان يكون المأخوذ ربحاً فقط ومقتضى تقسيم العشرين على الستة ان تكون كل حصة سدس العشرين (فاذا اقتسماها) اى العشرين المأخوذ ـ باسم الربح ـ (استقر ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشر) (وذلك درهم وثلثان) فـ (يبقي معه) أى عند العامل (ثمانية وثلث من رأس المال) وهو التفاوت المذكور (فاذا خسر المال الباقي) اى المأة (رد) العامل (اقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث) .

وفيه مضافاً الى أنــه خلاف ماهو المعلوم مــن وجوب جبر الخسران الحاصل بعـد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقـه ربح وأن عليه غرامة ماأخذه منهأنظار آخر ، منهاأنالمأخوذ اذا كانمنرأس المال

فاذا خسر عشرين رد ثمانية و ثلث واذا خسر ستةعشر مثلا رد ثمانية (اذ النصف الثاني من الخسارة على المالك فان المالك ايضاً اخذ(عشرة) منهاواحد وثلثان ربح) وثمانية وثلث من رأس المال، ولايخفى ان كلام الشهيد الاول في ان القسمة توجب استقرار ملك العامل للربح تام.

وقد ذكرنا وجهه سابقاً، اما كلامه بالنسبة الى ان المأخوذ ليس الربحفقط بل الخليط من الربح و رأس المال بالنسبة ليس بتام ، اذالمشاع يعين بتعيين الطرفين له (و فيه مضافاً الى انه) كون القسمة موجبة للاستقرار فلا يتدارك بالربح المقسوم الخسارة في المستقبل (خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك) بعد الخسران (بالربح السابق ان لم يلحقه ربح) يكفي لجبر الخسارة.

(وان عليه) اي على الربح السابق المقسوم (غرامة ما اخذه) احدهما(منه) اى من الربح.

أقول : قد تقدمانمقتضى القاعدة كلام الشهيدوان الربح المقسوم لايجبر الخسارة وانما المعلوم ان الربح الذي لميقسميجبر الخسارة(أنظار آخر،منها ان المأخوذ اذاكان منرأس المال) كما قاله الشهيد حيث جعل ثمانية وثلثفي

فوجوب رده لايتوقف على حصول الخسران بعد ذلك ومنها انه ليس مأذوناً فى اخذ راس المال فلا وجه للقسمة المفروضة ومنها ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انه ربح ، لابعنوان كونه منه ومن راس المال

مثاله ـ من أخذ العشرة ـ من رأس المال (فوجوب رده لايتوقف على حصول الخسران بعد ذلك) لان رأس المال يجب ان يعطي للمالـك سواء خسرت التجارة أم لا .

أقول يرد عليه انه ان لم يخسر لم يجب الرد باعتبار ان المأخوذ من رأس المال يتدارك بالربح الباقي في رأس المال اذا المفروض ان عشرة في مأة وعشرين ربح العامل ، واى فرق بين ان يحسب لنفسه كل العشرة التى اخذها أو ان يرد الثمانية والثلث التي آخذها ويأخذ ثمانية وثلثا باعتبار انه الربح .

(ومنها انه ليس مأذوناً في اخذ رأس المال فلاوجه للقسمة المفروضة) وفيه ان الوجه انهما رضيا بذلك والامر لايعدوهما فحيث ان لهما ان يأخذا العشرين ـ قدر الربح ـ وفرض الشهيد ان المال مشاع لايمكن فرزه ، كان لابد من أخذ المشاع الذي يكون بقدر الربح .

(ومنها ان المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح) العشرين (بعنوان أنه ربح ، لابعنوان كونه منه ومن رأس المال ،) هـذا الاشكال وارد اذ حيث ان المال لهما فلهما افراز الربح من رأس المال ، اللهم الا ان يريد الشهيد غير هذا الفرض بان اخذا من المجموع لابعنوان انه ربح فقط ـ كما المع الى ذلك

ودعوى انه لايتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته فى تمام المال مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصيــر مشتركا بين المالك والعامل فمقدار راس المال مع حصة من الربح للمالك ، ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلاوجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما فى هذا المال

بعض المعلقين ـ وليس ببعيد لانه من المستبعد ان يظن الشهيد ان ليس لهما حق الافراز .

(ودعوى) الجواهر (أنه لايتعين) العشرون المأخوذ .

(لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال) فلايرد الاعتراض على الشهيد (مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك والعامل ،) خمسة اسداس ونصف للمالك ونصف السدس للعامل في مثال المأة والعشرين .

(فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك ، و مقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلا وجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هـذا المال ،) اذالحق لايعدوهما .

أقول : للمسألة ثلاث صورلانهما اما ان يأخذا العشرين بعنوان المشاع أو بعنوان الربح أولابعنوان خاص مما يقتضى الاشاعة أيضاً والاشكال وارد على الشهيد في الثانية ، وقدعرفت انه لعل كلامه في غير هذه الصورة ، اما صورة اخذهما بعنوان رأس المال فخارجة عن كلام الشهيد .

فقسمة الربح فى الحقيقة قسمة لجميع المال ولامانع منها

(فقسمة الربح) بينهما (في الحقيقة قسمة لجميع المال) الى الربح المقسوم والى رأس المال الباقي (ولامانع منها) .

أما اشكال المستمسك على الشهيد بوجه آخر أيضاً بقوله : ومنها ان اللازم البناء على الوقاية بالربح الباقي في المال ، لان المفروض على كلامه عدم صحة القسمة فالربح كان مشاعاً في المال انتهى ، فغير ظاهر اذ مفروض كلام الشهيد شمول الخسارة لكل مقدار الربح .

مسألة ـ٣٧ـ اذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره واذا حصل خسران بعد هذا لايبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه

(مسألة ـ٣٧ـ اذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره) ولايصح قبل الظهور وان كان في الواقع موجود اذذلك داخل في الغرر المنهى عنه كما انه لايصح اجراءاية معاملة على شيء مجهول وجوده للعامل (صح) لما تقدم من انه ماله .

(مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره ،) من الامور المذكورة في كل المعاملات .

و عليه فيصح اجراء سائر المعاملات على الربح أيضاً لاطلاق ادلتها كما يصح للمالك أيضاً ان يجرى المعاملات على قدر الربح وحاله حال العامل في قوله : (واذا حصل خسران بعد هذا) التعامل (لايبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف) للمبيع في سائر المعاملات لمادل من لزوم البيع المانع من ارجاع المبيع الى البائع وحيث يجب ان لايضيع حق الطرف كان مقتضى الجمع بين الادلة التدارك (فيجب عليه) ان يعطى للمشتري مثله اذا كان مثلياً أوقيمته اذا كان قيمياً ، لكن السيد البروجردى وبعض آخر من المعلقين قالوا بانكشاف بطلان البيع ، أما لعدم الملك أوبتعلق حق المالك بجبر خسران رأس ماله ـ انتهى .

لكن الظاهر انما ذكره المصنف هو على وفق القاعدة من لبره بدفع أقل

جبره بدفع أقل الامرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران .

الامرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران) لكن ذلك فيما اذا باعه بالقيمة العادلة لاأقل أو أكثر اما اذا باعه بالاقل مثلا كان الربح منأ من الحنطة قيمته دينار فباعه بنصف دينار فان اللازم عليه ان يعطى الدينار جبراً للخسارة لانصف دينار لان الربح يجبر الخسارة لا الاقل من الربح واما اذا باعه بالاكثر فدليل ان الربح يجبر الخسارة لايشمل ذلك الزائد الاعتبا طى الذى جعله البائع للعامل كالمنحة باسم البيع فليس عليه الا اعطاء القيمة العادلة جبراً للخسارة .

مسألة ـ ٣٨ ـ لااشكال فى أن الخسارة الواردة على مال المضاربـة تجبر بالربح سواء كان سابقاً عليها أو لاحقـا مادامت المضاربة باقيـة ولم يتم عملها نعم قد عرفت ماعن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه وأن مقدار الربح مـن المقسـوم تستقر ملكيته وأما التلف فامـا أن يكون بعد الدوران فى التجارة

(مسألة ـ ٣٨ ـ لااشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح) كما تقدم وجهه (سواء كان) الربح (سابقاً عليها أو لاحقاً) بها أو مقارناً لها كما اذا كانت له معاملتان ربح في احداهما وخسر في الاخرى (ما دامـت المضاربة باقيةولم يتمعملها) كل ذلك لاطلاق الادلة ولايخفىان بقاء المضاربة غير تمام العمل و لذا جاء بهما .

(نعم قدعرفتماعن الشهيد) الاول في المسألةالسابقة (من عدمجبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه) .

وقد ذكرنا هناك ان مقتضى القاعدة ما قاله الشهيد ولايتصور هدا بالنسبة الى الربح اللاحق والمقارن لان الربح تلقائياً يجبر الخسارة فلا مجال لقسمة الربح لانه من باب السالبة بانتفاءالموضوع ولذاقيدهالمصنف بـ[السابق] وان كان كلام الشهيد مطلقاً أولا،بل قد تقدم قوله [فاذاخسر] مما ظاهره انالربح سابق .

(وان مقدار الربح من المقسومتستقر ملكيته)هذا في الخسارة المصطلحة (وأمـا التلف فاما أن يكون بعد الدوران في التجارة) بان اشترى وباع او مـا

أو بعد الشروع فيها أو قبله ثم امـا أن يكون التالف البعض أو الكـل ، وأيضاً اما أن يكـون بآفة من الله سماوية أو أرضية أو باتلاف المالك أو العامل أو الاجنبى على وجه الضمان فان كان بعد الدوران فى التجارة فالظاهر جبره بالربح

اشبه من المعاملات ثم وقع التلف (أو بعد الشروع فيها) كما سيأتى مثاله (أو قبله ، ثم) على كل تقدير .

(اما أن يكون التالف البعض أو الكل، و) على أى حال (أيضاً اما أن يكون بآفة من الله سماوية) كالصاعقة (أو أرضية) كالزلزلة (أو باتلاف المالك) المضارب (أو العامل أو الاجنبى على وجه الضمان) اذ قد يتلفه بدون الضمان كما اذا اشترى بالمال دابة فصالت مما اضطر الطرف ان يرميها فيقتلها .

والمراد بالتلف اعم من الحقيقى كما اذا صب الماء على الارض او احترق المتاع ومن الحكمى كما اذا وقع فى البحر او سرقه سارق حيث لم يتلف المال حقيقة وانما هو في حكم التلف وان كان قد يعبر عن ذلك بالتلف أيضاً باعتبار فقد المالك له والحيلولة بينه وبينه .

(فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر) من الدليل (جبره بالربح) كما عن المحقق والعلامة وفي المستمسك الظاهر انه لا خلاف فيه وعن مجمع البرهان انه اجماع وذلك لأن بناء المضاربة عرفاً الذى امضاه الشارع حسب الادلة التي قررتها بدون ذكر تغيير لهذه الجهة ، على ذلك ومنه يعلم ضعف ما عن جامع المقاصد من احتماله ضعيفاً عدم الجبران اذا كان التلف بآفة سماوية او غصب

ولو كان لاحقاً مطلقاً سواء كان التالف البعض أو الكل كان التلف بأفة أو باتلاف ضامن من العامل أو الاجنبي ودعوى أن مع الضمان

غاصب او سرقة سارق لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولانه في الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق بلا حاجة الى جبره بمال القراض ـ انتهى .

و ذلك لان المبني عليه القراض اعم من التلف السماوي كما ان الكلام في ما لم يرد السارق والغاصب ولم يعوضا ، اما مع الرد او التعويض فلا امكان للجبر ، ولا يخفى ان مراده كل اقسام وساطة الانسان وعدم وساطة الانسان في التلف لوضوح عدم الخصوصية لتلف السماء ولا للسرقة والغصب فاذا فقد بالزلزلة او تلف بهيجان البحر أو ما اشبه ذلك أو اتلفه انسان غير السارق أو حيوان او ما اشبه كان داخلا في مناطه، ثم ليس المراد بالدوران في التجارة دوران كله بل بعضه أيضاً كذلك لوحدة الدليل في كلا المقامين كما لا فرق بين الدوران الموجب للربح أو للخسارة او لم يوجب شيئاً .

(ولو كان لاحقاً مطلقاً) أى (سواء كان التالف البعض أو الكل) أي القدر المساوى لرأس المال مثلا كان مأة فربح عشرين ثم تلف المأة اذ لو تلف كل المال لم يبق مجال للجبران (كان التلف بآفة) غير انسانية (أو باتلاف ضامن من العامل أو الاجنبي) فاذا ربح المأة عشرة واتلف العامل عشرة اخذ المالك كل المال واذا اتلف عشرين اخذ كل المال ويطالبه خمسة عشر واذا تلف خمسة يأخذ كل الباقي بلا طلب .

(و) الـ (دعوى) المتقدمة احتمالا من المحقق الثاني بـ (أن مع الضمان)

كأنه لم يتلف لانه فى ذمة الضامن كما ترى نعم لوأخذ العوض يكون من جملة المال بل الاقوى ذلك اذا كان بعد الشروع فى التجارة ، وان كان التالف الكل كما اذااشترى فى الذمة وتلف المال قبل دفعه الى البائع فأداه المالك

من المتلف (كأنه لم يتلف لانه فى ذمة الضامن) فلاوجه لجبر الخسارة بالربح (كما ترى) حيث تقدم الاشكال عليه .

(نعم) لاشكال في انه (لوأخذ العوض) من المتلف ومنه اذا كان المتلف نفس العامل حيث ذكرناه في الصور الثلاث المتقدمة (يكون من جملة المال) حيث يقوم العوض مقام الاصل من غير فرق بين ان يكون التلف ما يوجب بدلاأو مايوجب بدل حيلولة كما لو القاه الضامن في البحر مثلا أواضاعه أو ما اشبه ذلك (بل الاقوى ذلك) جبر الخسران بالربح (اذا كان) التلف (بعد الشروع في التجارة ، وان كان التالف الكل كما اذا اشترى) للمضاربة (في الذمة وتلف المال قبل دفعه الى البائع) .

وقد كانت المضاربة مطلقة تشمل الشراء في الذمة ـ كما هو الغالب على ما تقدم في بعض المسائل السابقة ـ او كانت خاصة بالاشتراء نقداً لكن اذن المالك في الشراء في الذمة بعد ذلك .

وقدتقدم أيضاً مسألة تخلف الشرط في المضاربة وانه لايضر بتوزيع الربح للنص الخاص الذى عمل به المشهور (فأداه المالك) اداء المالك على اقسام

لانهاما ان يؤدى بقصد ان ينضم مااداه الى اصل المال ، وهذه مضاربة جديدة

تتوقف على قبول العامل وان ينضم هـذا الى الاول لان الفرض عـدم بطـلان الاول لان العقد باق وان تلف المال فانه لادليل على ان تلف المال يبطل العقد.

ولذا قال غير واحد من الفقهاء ان المقتضى العقد لاالدوران في التجارة فاذا اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق و قد حكى ذلك عن المبسوط والتحرير والمسالك والتذكرة والسرائر والارشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والايضاح وغيرهم .

هذا ولكن للاشكال في المسألة مجـال ، اذ مـا يجعل المبيع للمضاربـة احدامرين .

الاول : ان يكون البيع نقداً في قبال الثمن ويؤديه وهذا مفروض الانتفاء.

الثاني : ان يشترى المبيع في الذمة بقصد المضاربة ويؤدى ما في الذمة من مال المضاربة والافاذا لم يؤده من مال المضاربة بان تلف الثمن فاداه من مال آخر لم يكن مجرد القصد كافياً في جعل المبيع للمضاربة فهو مثل ان يتلف كل مال المضاربة قبل الاشتراء حيث انه لو قصد الاشتراء للمضاربة لم يقـع لها فانه من باب السالبة بانتفاء الموضوع وأى فرق بين ان يقصد المضاربة قبل التلف أو بعده ، واذن المالك او اعطائه مالا جديداً لايجعله المضاربة السابقة.

واما ان يؤدى بقصد القرض ،واما ان يؤدى بقصد انه يكون للمالك لا للمضاربة وكلا الامرين لايجعلان من العمل مضاربة .

اذ القرض ان كان على نفسه فهو غير معقـول اذ الانسان لايطلب نفسه و

أو باع العامـل المبيع وربح فأدى كما أن الاقوى فى تلف البعض الجبر وان كان قبل

ان كان على العامل فهو يكون مال العامل لامال المضاربة ، والاداء بعنوان ان المبيع يكون ماله يخرجه عن المضاربة .

ومنه يظهر الاشكال في ماعطف على [فأداه المالك] بقوله (أو باع العامل المبيع وربح فأدى) فان قوام المضاربة بالمال الخارجى فاذا انتفى المال انتفت المضاربة ويكون البيع لنفس العامل ولا وجه لان يكون المالك طرفاً كما انه ان اعطاه المالك مالاجديداً يكون مضاربة جديدة لاربط لها بالمضاربة القديمة .

وبذلك يظهر وجـه النظر في قول المستمسك ان هذه الصورة خارجـة عـن محل الكلام السابق فيحتمل فيها صحة المضاربة لان الوفـاء كان بمال المضاربة وهو الربح لكنه ضعيف لانتفاء مال المضاربة الذى كان قوام المضاربة الموجب لانتفائها وحينئذ يكون الربح للمالك وللعامل اجرة المثل ـ انتهى.

اذ يرد عليه انه لاوجه لارتباط المالك بالبيع حتى يكون الربح له ، لان اشتراء العامل الشيء في الذمة يجعل نفسه طرف المعاملة وقصده ان يـؤدى الثمن من مال المضاربة لايجعله للمالك وانما يجعله للمالك هو الاداء الخارجي فتأمل والمسألة بحاجة الى تأمل أكثر .

(كما أن الاقوى في تلف البعض الجبر) لما تقدم من بناء المضاربة على الجبر بالربح وقد امضى الشارع المضاربة العقلائية (وان كان) تلف البعض (قبل

الشروع أيضاً ، كما اذاسرق في اثناء السفرقبل أن يشرع في التجارة أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر وأما تلف الكــل قبل الشروع في التجارة فالظاهرأنه موجب لانفساخ العقد اذلا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر أو لايجبر نعم اذا أتلفــه أجنبي وأدى عوضه تكــون المضاربة باقية

الشروع أيضاً كما اذا سرق في اثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة ، أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر) لشمول الدليل السابق كلتا الصورتين وظاهر اطلاقهم عدم الفرق في تلف البعض بين بقاء الاقل او الاكثر أو المساوى للتالـف وان كان فيما اذا أتلف الاجزئى منه كما اذا بقي من عشرة الاخر واحد ، تأمل لان الدليل المذكور في البطلان اذا تلف الكل آت هنا ايضاً (و أما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد .

اذلا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر أو لايجبر) قال في المستمسك الظاهر انه مسلم وان كان مقتضى ما ذكروه في المسألة السابقة من ان قوام المضـاربة العقد الصحة اذ لافرق في ذلك بين ان يكون التلف بعد الشراء وقبله .

أقول : وهذا مما يؤيد ما تقدم من الاشكال في التلف ولو بعد الاشتراء (نعم اذا أتلفه أجنبي وأدى عوضه) فعلا أو شأناً بان قال عامل واني اؤدي ثمنه مثلا (تكون المضاربة باقية) لان التلف المؤدى عوضه في حكم عدم التلف فلاوجه لبطلان المضاربة .

ومنه يعلم ان الامر دائر مدار الواقع فان ادى في المستقبل كشف عن صحة المضاربة وان لم يود كشف عن بطلانها فلا اعتبار لمجرد القول من المتلف

وكذا اذا أتلفه العامل .

فلوقال اودي ولم ايؤدلم ينفع ولوقال لااودی وادی ـ ولوبالتقاص من ماله ـ لم يضر .

(وكذا اذا أتلفه العامل) وامكنه تأدية العوض .

مسألة ــ ٣٩ ــ العامل أمين فلا يضمن الا بالخيانة كما لو أكل بعض مال

(مسألة ـ ٣٩ ـ العامل أمين) قال في الجواهر انه لااشكال فيه ولاخلاف بل هو اجماعى ، ويدل عليه النصوص العامة الدالة على ان كل امين لاضمان عليه[١]، والمناط في الابواب الاخر والاحاديث الخاصة مثل صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك اويسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً[٢].

وعن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان[٣]، وعن الدعائم عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال : من اخذ مالا مضاربة فليس عليه فيه ضمان فان اتهم استحلف وليس عليه من الوضعية شيء[٤].

وفي حديث آخر رواه الدعائم عن ابي عبدالله عليه السلام وفيه وهو في الوديعة والمضاربة رجل مأمون[٥] (فلا يضمن الا بالخيانة) للاصل ولا اشكال فيه ولا خلاف كما صرح بذلك بعضهم ويظهر من الاخرين التسالم عليه .

وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة (كما لو أكل بعض مال

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من أبواب الوديعة ح/٢ ، ٣ ، ٤ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٥ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح/٣ .
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٥ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح/٢ .
(٤) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠١ الباب ٢ من أبواب المضاربة ح/١ .
(٥) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠١ الباب ٥ من أبواب المضاربة ح/٢ .

المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطىء الجارية المشتراة أو نحو ذلك أو التفريط بترك الحفظ أو التعدى بأن خالف ماأمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم اذنه في السفر

المضاربة) مما لم يكن له اكله الا باجازة او اضطراراً او ما اشبه (أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك) بدون الاجازة والاضطرار ونحوهما (أو وطىء الجارية المشتراة) اذ لاحق له في وطيها بعد كونها مالا مشتركا (أو نحو ذلك) مما يعد خيانة عرفاً فان الخيانة موضوع عرفي له افراد كثيرة (او التفريط بترك الحفظ) والتفريط هو ترك ما ينبغي له ان يفعل كترك علف الدابة مثلا.

ولذا كان ماذكره المصنف من باب المثال او اراد بترك الحفظ كل اقسام ذلك (او) بـ(التعدى) وهو فعل مالا ينبغي له ان يفعل وبينه وبين الخيانة عموم من وجه مفهوماً ، فلو اسرع في المشي بالدابة او اعطاها علفاً زائداً فعطبت سمى تعدياً ولم يسمى خيانة.

اما تفسير المصنف له بقوله : (بأن خالف ماأمره به أو نهاه عنه) ففيه انه تفسير بالاعم من وجه ومما ذكر يعلم ان عدم ذكر الشرائع التعدى وانما ذكر الخيانة والتفريط من باب انه ادخله في احدهما.

كما ان ما ذكره المستمسك من ان الذي يظهر من الاستعمالات العرفية ان التعدى والتفريط كل منهما خيانة غير ظاهر الوجه (كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم اذنه في السفر) وفي حديث ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام

أو اشترى مانهى عن شرائه ، أو ترك شراء ماأمر به فانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماوية وان بقيت المضاربة كما مر والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً

في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهاه ان يخرج الى ارض اخرى فعصاه فقال عليه السلام : هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه[1] الى غيرها من الروايات .

وقد تقدم[2] حديث اتجار العباس مضاربة واشتراطه ان لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فان فعلتم فانتم ضامنون فابلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاجاز شرطه عليهم[3] (أواشترى ما نهى عن شرائه ، أوترك شراء ما أمر به) أوخالف شرطاً له في البيع والشراء الى غير ذلك.

(فانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماوية وان بقيت المضاربة كمامر،) من الادلة الخاصة على ذلك وقد ذكرناهناك الاقسام المتصورة في عقد المضاربة (والظاهر) من الادلة الدالة على ان التعدى بكل اقسامه يوجب الضمان (ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك ايضاً،) مثل الخسارة الحاصلة حال التعدى وذلك لاطلاق الادلة.

لكن ربما يقال انه لاوجه للضمان خارج القدر الذى تعدى فيه مثلا اشترى دابة

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/١٠ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/١٢ .
(٣) الوسائل : ١٢ ص ١٨٣ الباب ١ ان المالك إذا عين ح/١٢ .

واذا رجع عن تعديـه أو خيانته فهل يبقى الضمان أولا؟ وجهان ، مقتضى الاستصحاب بقائه كما ذكروا في باب الوديعـة أنه لو أخرجها الودعى عن الحرز يبقى الضمان وان ردها بعد ذلك اليه و لكن لا يخلو عن اشكال لان المفروض بقاء الاذن وارتفاع سبب الضمان

بمال المضاربة فضربها اكثر من الحق بما يعد تعدياً فهل اذا تنزلت قيمة الدابة من جهة السوق يكون العامل ضامناً؟ فان دليل الضمان اما الشرع واما العقل.

اما الشرع فلا اطلاق يشمل مثل المقام والنصوص السابقة لا تشمل مثل ذلك.

واما العقل فلان بناء العقلاء الذى يكون منطلقاً للعقد هو الضمان في قدر التعدى لافى غيره .

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر قد يقال اويقوى ضمانه للوضعية المتجددة بعد التعدى (واذا رجع عن تعديه أو خيانته فهل يبقى الضمان أولا؟ وجهان مقتضى الاستصحاب بقائه).

كما ذهب اليه السادة ابن العم والبروجردى وغيـرهما (كما ذكروا فى باب الوديعة أنـه لو أخرجها الودعى عن الحرز يبـقى الضمان وان ردها بعد ذلك اليه،) وذلك للاستصحاب فان ارتفاع سبب الضمان غير معلوم وحيـث تتم اركان الاستـصحاب كان اللازم القول ببقاء الضـمان (ولكن لا يخلو عن اشكال).

بل الظاهر عدم الضـمان فى كلا المقاميـن (لان المفروض بقاء الاذن و ارتفاع سبب الضمان،) قال فى المستمسك: فاذا بقى الاذن بقى الاستيمان واذا

ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس فى زمان ولم يبع ضمن الوضيعة ان حصلت بعد ذلك

ثبت الاستيمان فقد شمله عموم لاضمان على الامين وهو مقدم على الاستصحاب ومثله الكلام فى الوديعة.

أقول: مراده بالمقدم انه لايتم اركان الاستصحاب، ثم لايخفى ان الكلام هنا فى ضمان رأس المال اما ضمان الوضيعة فيختص بالمخالفة للمالك او كون التعدى سبباً لذلك والافلا وجه لضمانه .

ولذا قال فى المستمسك فاذا كانت الوضيعة حاصلة بعد التعدى اوالتفريط لم يضمنها وان كان يضمن العين واذاكانت الوضيعة بعد مخالفة المالك ضمنها كما ضمن العين ـ انتهى فتأمل.

(ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس فى زمان ولم يبع) ثم باعه في زمان كان الثمن أكثر أومساوياً فلا شيء اما اذا باعه فى زمان كان الثمن اقل (ضمن الوضيعة انحصلت بعد ذلك،) لانه سبب الوضيعة بتفريط منه فاللازم انيكون غرامته عليه ويستدل للتلازم بين التفريط وبين الغرامة ، بانه لااذن للمالك فى هذا البيع لان مبنى العقد على البيع مع المصلحة فتركه مخالفة للعقدويكون مخالفاً للمالك .

وبدليل لا ضرر فان العامل هو الذي اضر بالمالك حيث لم يبع في وقت المصلحة.

ويرد على الاول: ان المالكخولف في البيع وقت عدم الوضيعة اماالبيع وقت الوضيعة فلم يكن مخالفة للمالك خصوصاً اذا كان خوف زيادة الوضيعة

مثلا كان السبت ربح والاحد لاربح ولا وضيعة والاثنين وضيعة عشرة والثلاثاء وضيعة عشرين فان عدم البيع في السبت مخالفة.

اما البيع في الاثنين فليس مخالفة والا فماذا يفعل اذا لم يبع ؟ فهل لايبيع اصلا؟ وهو خلاف المضاربة او يؤخر البيع الى الثلاثاء وهو اكثر وضيعة و ذلك ما لايرضاه المالك وخلاف مقتضى العقد المبني على الاتجار بالصلاح.

وعلى الثاني: ان الاضرار من عدم البيع وهو امر سلبي لايوجب الضمان اما البيع فقد عرفت انه لا بد منه وهو لم يسبب الاضرار .

اللهم الا ان يقال ان كل نوع من هذا الضرر يوجب دخوله في مسألة لا ضرر ولا ضرر له عقد ايجابي ايضاً كما كان في مورده له عقد ايجابي ، حيث امر الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بقلع شجرة سمرة مستدلا بلا ضرر(١) فاذا حبس انسان مال تاجر حتى حصلت فيه وضيعة كان ضامناً لتلك الوضيعة.

كما لم نستبعده تبعاً لبعض الفقهاء في حبس الحر حيث سبب الحبس فوت جملة من فوائده فالحابس ضامن لما فات وكذا في المقام الحابس لماله والحائل بينه وبين ماله حتى صار فيه وضيعة ضامن .

ولا يبعد هذا حيث يقال عرفاً انه اضر به لكن اللازم تقييد خسارة العامل بمثل هذا الضرر بما اذا كان عدم بيعه في وقت عدم الوضيعة عن علم وعمد

(١) انظر الكافي : ج/٥ ص ٢٨٠ ح/٢ . التهذيب : ج/٧ ص ١٤٦ ح/٦٥١ من لا يحضره الفقيه : ج/٣ ص ٥٩ ح/٢٠٨١ .

وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان من عدم كون مجرد النية خيانة ومن صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب

اما اذا كان لرجاء الربح الاكثر او ماشبه لم يكن عليه شيء فانه وان اضر به واقعاً الا ان مبني العقد على الاتجار حسب ما يراه صلاحاً لاحسب الصلاح واقعاًاذ لايطلب من العامل علم الغيب .

ومما تقدم يعلم حال ما اذا كان للمال ربح مأة مثلا فلم يبع عمداً حتى صار الربح اقل حيث ان مقتضى الكلام السابق انه ضامن للتفاوت لصدق انه اضربه ـ عرفاً ـ فهو تفويت الربح كتفويت عمل الحر وان كان الفتوى بذلك اصعب من الفتوى في مسألة الوضيعة والله سبحانه العالم .

(وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها ؟ وجهان) وجه العدم (من عدم كون مجرد النية خيانة،)فان صيرورة اليد بمجرد النية بمنزلة يد الغاصب لا دليل عليه (و) وجه الضمان (من صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب،) فان العقلاء لايعتمدون على ناوى الخيانة ، ولذا لايؤمنوه مالهم ونسائهم و أولادهم. .

ويؤيده ما ورد من ان من نوى عدم اعطاء مهر زوجته فهو عند الله زان و[1] من نوى عدم رد دينه فهو عند الله سارق[2] لكن الاقوى الأول كما اختاره غالب المعلقين فان الخيانة امر عرفي وهي ليست حاصلة وعدم التأمين لا لانه خائن

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٢١ الباب ١١ من أبواب المهور ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٥ ص ٢١ الباب ١١ من أبواب المهور ح/١١ .

ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلا وبين العزم على أن يخون بعد ذلك

الان بل لانه في صدد الخيانة كما انهم لايذهبون الى من يقتلهم لا لانه قاتل الان بل لخوف القتل والحديث تنزيل كما هو واضح.

(ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلا وبين العزم على ان يخون بعد ذلك) لكنه غير فارق فان العزم الفعلي لايسبب صدق الخيانة اللهم الا ان يقال انه لا يسمى الان أميناً ـ عرفاً ـ وقد تقدم في صحيح ابن مسلم ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً فمفهومه ان عليه الغرم اذا لم يعد اميناً عرفاً لكن فيه انه ان لم يخن مدة مضاربته يقال انه امين وان قصد الخيانة كما ان من لم يزن يقال انه عفيف وان نوى الزنا، ولذا ذكر غير واحد من المعلقين ان الفرق غير فارق.

مسألة ـ ٤٠ ـ لايجوز للمالك ان يشترى من العامل شيئاً من مال المضاربة لانه ماله نعم اذا ظهر الربح يجوز له أن يشترى حصة العامل منه مع معلومية قدرها ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك

(مسألة ـ ٤٠ـ لايجوز) أى لاينفذ (للمالك ان يشترى من العامل شيئاً من مال المضاربة) كما نص بذلك الشرائع والقواعدوشراحهما بل في الجواهر انه لا خلاف فيه ولا اشكال (لانه ماله) وليس تبديل الانسان مالا له بمال آخر لنفسه معاملة فاذا فعل المالك ذلك بقى المال السابق مال مضاربة ولا يكون المال الثاني مال مضاربة فاذا تاجر بـه العامل كان له الاجرة لا المسمى الذى هو النسبة .

(نعم اذا ظهر الربح يجوز له أن يشترى حصة العامل منه مع معلومية قدرها) لماتقدم من ان ظهور الربح يوجب ملك العامل لقدرحصته وقوله مع ... من باب انه طريق الى الثبوت والافالمدخلية له لالعالم الاثبات فاذالم يعلم قدرحصة العامل وكان في الواقع طناًمن الحنطة واشترى الطن وكان قاصدين مال العامل لم يكن وجه لبطلان البيع.

اذ اللازم اشتراء مال العامل لامال نفسه وذلك حاصل في المقام (ولايبطل بيعه بحصول الخسارة بعدذلك) وجه توهم البطلان أنه لامال للعامل مع الخسارة فقداشترى المالك مال نفسه .

ولذاقال في محكى جامع المقاصد لوتجددالخسران امكن القول بالبطلان

فانه بمنزلة التلف ، ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة ، كما لو باعها من غير المالك وأما العامل فيجوز أن يشترى من المالك قبل ظهور الربح بل وبعده

ولم أجد تصريحاً بذلك فينبغي التوقف ورده الجواهر بأنه في غير محله (فانه بمنزلة التلف ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة ، كمالو باعها من غير المالك) .

كماتقدم في المسألة السابعة والثلاثين وفي تعليقة السيد البروجردى على [قيمتها] بل ثمنها المسمى وان قلنا بصحةالبيع باعتبارالقول بالملك وان الحق لايعدوهما وذلك لاقدام المالك على عدم جبر الزيادة ان كانت القيمة اكثر ـ انتهى .

وفيه ان معنى جبران الخسارة بقدرقيمة الشيء الواقعية لابقدر المسمى فاذا باع مناً من الحنطة ـ وهو نصيبه من الربح ـ بنصف دينار بينما قيمته دينار فقد اخذ قدردينار فاذاخسر المتاع قدرديناربن كاناللازم عليه ردالدينار اذالخسارة تدارك بالربح الواقعيلاالربح الذىفرضه العاملربحاً وقوله لاقدامالمالك غير ظاهرالوجه اذلايلزم اطلاع المالك على البيع فانه اذا باعه مشاعاً بدون قسمة لاجنبيكان حقه ولايلزم اطلاعالمالك عليه .

ومنه يعلم انه لو باعه باكثرمن قيمته لم يكلف الابدفع قدر القيمة لتسديد الخسارة (وأما العامل فيجوز أنيشترى منالمالك قبل ظهورالربح) لان المال للمالكوانلميربحوالناس مسلطونعلىاموالهم(بل وبعده)ايضأسواءكانقصدهما

لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع لانه ماله نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلا بهذا الشراء يمكن الاشكال فيه حيث ان بعض الثمن يرجع اليه من جهة كونه ربحاً فيلزم من نقله الى البائع عدم نقله من حيث عودة الى نفسه

الشراء من الاصل أو من الربح الخاص بالمالك (لكن يبطل الشراء بمقدار حصته) أي حصة العامل (من المبيع).

كماذكره العلامة وغيره فاذا كان الاصل عشرة والربح ثلاثة فاشترى العامل اثني عشر كان البيع باطلا بالنسبة الى النصف لانه لنفس العامل فهو مثل اشتراء المالك لماله (لانه ماله) ولا يصح اشتراء الانسان مال نفسه فاذا لم يعلم احدهما بذلك كان له خيار تبعض الصفقة.

(نعم لو اشترى) العامل (منه) من المالك (قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته) فاشترى ماقيمته عشرة باثني عشر (بحيث يكون الربح حاصلا بهذا الشراء) لان نصف الربح ـ وهو واحد في المثال ـ للعامل اذا جعل حصته من الربح بنسبة النصف (يمكن الاشكال فيه) أي في هذا البيع (حيث أن بعض الثمن) وهو الواحد في المثال (يرجع اليه) الى العامل (من جهة كونه ربحاً) فقد اشترى العامل مال نفسه بمال نفسه (فيلزم من نقله الى البائع عدم نقله من حيث عوده الى نفسه) وذلك باطل.

ثم لا يخفى أن هذا الاشكال مبني على اعتبار أن كل ربح يدخل كيس المالك ـ بأعتبار أنه ربح لماله، كما تقدم من المصنف ـ و بعد الاسترباح

و يمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخرعن صيرورته للبائع فيصير أولا للبائع الذى هو المالك من جهة كونه ثمناً وبعدأن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع الى المشترى الذى هو العامل، على حسب قرار المضاربة

تنتقـل حصته منه ، من ملك مالك رأس المال الى العامل حسب المقرر في المضاربة .

وفيه: أن الاعتبار العقلائي ماذكرناه سابقاً، من أن من احدهما المال، ومن الاخر العمل والربح وليدلهما، فالربح يدخل في كيسهما ابتداءاً فتكون حصة منه تنقل الى صاحب رأس المال وحصة منه تنقل الى صاحب العمل ، وهذا ليس خلافاً للقاعدة العقلائية، ولا للادلة الشرعية.

نعم، الاشكال في حصة العامل فقط باعتبار كون العوض والمعوض لشخص واحد، وذلك مالا يعقل، فاذا اشترى ماقيمته عشرة بعشرين يكون الاشكال في خمسة منه وهي نصف الربح .

وبذلك يظهر، أن جواب الماتن مبنى على ماذكروا لا على ماذكرناه .

(و) كيف كان (يمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخرعن صيرورته للبائع فيصير أولا للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً) لماله، والثمن يدخل في كيس من يخرج المثمن من كيسه والمفروض أن القيمة ـ أصلا وربحاً ـ بدل وربح المال للمالك .

(وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع الى المشتري الذى هو العامل ، على حسب قرار المضاربة) فلم يجمع العوض

فملكية البائع متقدمة طبعاً وهذا مثل ماذاباع العامل مال المضاربة الذى هو مال المالك من اجنبى بأزيد من قيمته فان المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل . ولابأس به فانه من الاولى يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة لكن

والمعوض في كيس واحد اطلاقاً لابقدر ربح العامل ولاغيره ـ على حسب نظرهم ـ .

(فملكية البائع مقدمة طبعاً) على ملكية العامل تقدم الموضوع على الحكم (وهذا مثل ماذاباع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من اجنبي بأزيد من قيمته) مثله في ان جوابهما واحد ، وان كان هو اشكالا آخر عاماً في مطلق المعاملات الرابحة في باب القراض ، كذا في تعليقة السيد البروجردي.

(فان المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولابأس به) ولايخفى أن هذا مبني أيضاً على كلامهم ، لاعلى ما اخترناه من ان كل منهما له حصة من الربح من أول الامر ، لاان الربح يدخل كله في كيس المالك ، ثم يدخل حصة منه في كيس العامل (فانه) على رأيهم (من الاولى يصير ملكاً للمالك) باعتبار ان الربح تابع لرأس المال .

(ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له) كأنه اجير عند المالك (بمقتضى قرار المضاربة) في قدر الحصة .

(لكن) المصنف جعل مخرجاً آخر لدخول الربح في كيس العامل ابتداءاً،

هذا على ماهو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض فى ملك من خرج عنه العوض ، وأنه لايعقل غيره وأما على ما هو الاقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص ، والعوض داخل فى ملك غيره وأنه لاينافى حقيقة المعاوضة

لا كماذكرناه، فانه جعل كل الربح للمالك ـ حسب رأيهم ـ لكن قال: بأن حصة من الربح يدخل كيس العامل ابتداءاً (هذا على ماهو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض، وانه لايعقل غيره) فان معنى العوض هو ذلك ، والا لم يكن عوضاً ، فمعنى عدم المعقولية انتفاء الموضوع، لانه غير معقول، مثل اجتماع النقيضين .

(وأما على ماهو الاقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص، والعوض داخل في ملك غيره) فهو امر عقلائي كاعطاء الانسان الثمن للخباز ليعطي خبزاً للفقير بدون تمليك الفقير الثمن ، ولادخول الخبز فى ملك المعطي ، ثم اعطائه للفقير .

(وأنه لاينافي حقيقة المعاوضة) بل قدذكرناهنا الماعاً، وفي بعض الكتب الفقيهة تفصيلا امكان الاقسام الاربعة بأن يكون الامر ذا طرفين او ثلاثة ـ بصورتيها ـ أوأربعة كأن يعطي ديناراً للخباز في قبال ان يخيط ولده ثوب ولد صاحب الدينار بل وماذا لم يكن ثالث كان يعطي ديناراً للخباز ليعطي الخبز للاسماك ـ وهو قسم خامس ـ ومنه يعلم مواضع النظر في كلام المستمسك فراجع .

فيمكن ان يقال : من الاول يدخل الربح فى ملك العامـل بمقتضى قرار المضاربة فلايكون هذهالصورة مثالا للمقام ونظيراً له

(فيمكن ان يقال : مـن الاول يدخل الربح في ملك العامـل بمقتضى قرار المضاربة) بدون ان فى يدخل ملك المالك ثم ينتقل منه الى العامل (فلايكون هذه الصورة مثالا للمقام ونظيراً له) حيث قد عرفت ان الاشكال هو أنه يلزم من نقل العوض عدم نقله .

مسألة ــ ٤١ ــ يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك فى مال المضاربة ولايجوز العكس مثلا اذا كانت دار مشتركة بين العامل والاجنبى فاشترى العامل حصة الاجنبى بمال المضاربة يجوز له اذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة لان الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه وأما اذا كانت الدار مشتركة بين المالك والاجنبى فاشترى العامل حصة

(مسألة ــ ٤١ ــ يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة) بأن اشترى شيئاً بمال المضاربة وقد كان مشتركا بين الاجنبي والعامل فيأخذه العامل بعنوان الشفعة بعد وجود شرائطها وانما يجوز الاخذ بالشفعة لاطلاق ادلتها الشامل للمقام .

(ولايجوز العكس) بان يأخذ المالك بالشفعة ما اشتراه العامل له لان الشيء المشترى للمالك، لانه اشترى بمال المالك فلامعنى لتملكه بالشفعة (مثلا اذا كانت دار مشتركة بين العامل والاجنبي فاشترى العامل حصة الاجنبي بمال المضاربة) فصارت الدار مشتركة بين العامل والمالك (يجوز له اذا كان قبل ظهور الربح ان يأخذها بالشفعة) لان الاجنبي باع الشيء الذي كان شريكاً فيه مع العامل ــ وان كان المباشر للاشتراء العامل بنفسه ــ فصار العامل شريكاً مع المالك (لان الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك) فقط بلاحصة للعامل فيه (فللعامل ان يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه) أي من المالك .

(وأما اذا كانت الدار مشتركة بين المالك والاجنبي فاشترى العامل حصة

الاجنبي ليس للمالك الاخذبالشفعة لان الشراءله فليس لهأن يأخذ بالشفعة ما هو له .

الاجنبي) بأن صار حصة الاجنبي للمالك (ليس للمالك الاخذ بالشفعة) لانتفاء موضوع الشفعة (لانالشراءله) لنفس المالك فقدصار كل الملك للمالك اذنصفه أولاكان للمالك ، ونصفهالثاني اشتراه العامل بمال المالك فلاموضع للشفعة .

(فليس لـه أن يأخذ بالشفعة ماهو لـه) وهذا الحكم مذكور في الشرائع والقواعد وغيرهما وقرره كافة المعلقين والشراح الذين ظفرت بكلماتهم، وانما قال قبل ظهورالربح، لانه اذاكان بعد ظهور الربح كان حصةمن المشترىلنفس العـامل فكيف يأخذ الشيء الذي لنفسه ولغيره ـ أي المالك ـ بالشفعـة ، اذ الشفعة ان يأخذ مال شريكه لامالنفسه، لكن يمكن يقال: ان دليل الشفعة شامل لمابعد ظهور الربح ، لانه عبارة عن أخذ حصة الشريك التي بيعت ـ فيما لم يكن هناك شركاء اكثر مناثنين ـ وهنا العامل يأخذ حصة الشريك التى بيعت وعدمتمكن العاملمن اشتراءكل الحصة، لان بعضالحصة لنفس العامللايمنع من شمول دليل الشفعة للمقام .

مسألة ـ٤٢ـ لا اشكال في عدم جواز وطي العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بـدون اذن المالك ، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده ، لانها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك فـان فعل كان زانياً يحد مع عدم الشبهة كامـلا ان كان قبل حصول الربح وبقدر نصيب المالك ان كان بعده ، كما لا اشكال في جواز وطيها اذا أذن له المالك بعد الشراء ، وكان قبل حصول الربح بل يجوز بعده على الاقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطي الجارية المشتركة بينهما .

وهل يجوز له وطيها بالاذن السابق في حال ايقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا ؟ المشهور على عـدم الجواز لان التحليل امـا تمليك أو عقد ، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء ، والاقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز لمنع كونه أحـد الامرين ، بل هو اباحة ولامانع من انشائها من قبل الشراء اذا لم يرجع عن اذنه بعد ذلك كما اذا قال : اشتر بمالي طعاما ثم كل منه .

هذا مضافاً الى خبر الكاهلي ، عـن أبي الحسن عليه السلام ، قلت: « رجل سألني أن أسألك أن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشتري ما يرى من شيء ، وقال له : اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هي لصاحب المال ان كـان فيها وضيعة فعليه ، وان كان ربح فله ،

فللمضارب أن يطأها ؟ قال عليه السلام : نعم »[١].

ولا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك ، لان الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الاذن السابق وعدمه ، وأما وطي المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح ، بل مع الشك فيه لاصالة عدمه ، وأما بعده فيتوقف على اذن العامل فيجوز معه على الاقوى من جواز اذن أحد الشريكين صاحبه .

مسألة -٤٣- لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها فان كان باذنها فلا اشكال في صحته ، وبطلان نكاحها ولا ضمان عليه ، وان استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها و نفقتها والا ففي المسألة أقوال: البطلان مطلقاً للاستلزام المذكور ، فيكون خلاف مصلحتها ، والصحة كذلك ، لانه من اعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد ، كما اذا اشترى غير زوجها ، والصحة اذا أجازت بعد ذلك .

وهذا هو الاقوى ، اذ لا فرق بين الاذن السابق والاجازة اللاحقة فلا وجه للقول الاول ، مع ان قائله غير معلوم ، ولعله من يقول بعدم

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٠ الباب ١١ من أبواب المضاربة ح/١ .

صحة الفضولي الا فيما ورد دليل خاص ، مع أن الاستلزام المذكور ممنوع لانها لا يستحق النفقة الا تدريجاً فليست هي مالا لها قوته عليها والا لزم غرامتها على من قتل الزوج .

وأما المهر فان كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط ، وان كان قبله فيمكن أن يدعى عــدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل ، وانما يسقط بالطلاق فقط ، مع أن المهر كان لسيدها لالها .

وكذا لا وجه للقول الثانى بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها ، لامن حيث استلزام الضرر المذكور ، بل لانها تريد زوجها لاغراض اخر ، والاذن الذى تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا ، ومما ذكرنا ظهر حال ما اذا اشترى العامل زوجة المالك فانه صحيح مع الاذن السابق أو الاجازة اللاحقة ، ولا يكفيه الاذن الضمنى في العقد للانصراف .

مسألة – ٤٤ – اذا اشترى العامل من ينعتق على المالك فاما أن يكون باذنه أولا ، فعلى الاول ولم يكن فيه ربح صح و انعتق عليه وبطلت المضاربة بالنسبة اليه . لانه خلاف وضعها ، أو خارج عن عنوانها حيث انها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه ، بل كونه خسارة محضة ، فيكون صحة الشراء من حيث الاذن من المالك ،

لامن حيث المضاربة ، وحينئذ فان بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة اليه والا بطلت من الاصل ، وللعامل اجرة عمله اذا لم يقصد التبرع ، وان كان فيه ربح فلا اشكال في صحته ، لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصته من العبد ، أو يستحق عوضه على المالك للسراية ، أو بطلانه مضاربة واستحقاق العامل اجرة المثل لعمله ، كما اذا لم يكن ربح أقوال ، لا يبعد ترجيح الاخير ، لا لكونه خلاف وضع المضاربة ، للفرق بينه وبين صورة عدم الربح ، بل لانه فرع ملكية المالك المفروض عدمها ، ودعوى أنه لابد أن يقال: انه يملكه آناما ثم ينعتق أو بقدر ملكيته حفظاً لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة ، وأي منهما كان يكفي في ملكية الربح ، مدفوعة بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرع على ملكية المالك ، فان لها أثرين في عرض واحد : ملكية العامل للربح والانعتاق .

ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني ، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد ، ولم يفوت المالك عليه أيضاً شيئاً ، بل فعل ما يمنع عن ملكيته ، مع أنه يمكن أن يقال : ان التفويت من الشارع لامنه .

لكن الانصاف أن المسألة مشكلة بناء على لزوم تقدم ملكية

المالك وصيرورته للعامل بعده ، اذ تقدم الانعتاق على ملكية العامل عند المعارضة في محل المنع .

نعم لو قلنا: ان العامل يملك الربح أولا بلا توسط ملكية المالك بالجعل الاولى حين العقد وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة لكون العوض من مال المالك والمعوض مشتركاً بينه وبين العامل كما هو الاقوى لا يبقى اشكال ، فيمكن أن يقال بصحته مضاربة ، و ملكية العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السراية ، وملكيته عوضها ان قلنا بها ، وعلى الثاني أي اذا كان من غير اذن المالك فان أجاز فكما في صورة الاذن ، وان لم يجز بطل الشراء ، ودعوى البطلان ولو مع الاجازة لانه تصرف منهي عنه كما ترى ، اذ النهي ليس عن المعاملة بما هي ، بل لامر خارج فلا مانع من صحتها مع الاجازة ، ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عــالماً بأنه ممن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلا ، والقول بالصحة مع الجهل لان بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما اذا اشترى المعيب جهلا بالحال ضعيف ، والفرق بين المقامين واضح .

ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمة بقصد الاداء منه ، وان لم يذكره لفظاً .

نعم لو تنازع هو والبائع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول

البائع ويلزم العامل به ظاهراً وان وجب عليه التخلص منه ، ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً .

مسألة – ٤٥ – اذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعتق عليه فان كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صح الشراء ، وكان من مال القراض ، وان كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح فمقتضى القاعدة وان كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة فانها موضوعة كما مر للاسترباح بالتقليب في التجارة والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك ، الا أن المشهور بل ادعى عليه الاجماع صحته وهو الاقوى في صورة الجهل بكونه ممن ينعتق عليه ، فينعتق مقدار حصته من الربح منه ؛ ويسري في البقية ، وعليه عوضها للمالك مع يساره ، ويستسعى العبد فيه مع اعساره .

لصحيحة ابن أبي عمير وعن محمد بن قيس ، عن الصادق عليه السلام « في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ قال عليه السلام: يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل »[1].

وهي مختصة بصورة الجهل المنزل عليها اطلاق كلمات العلماء

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٨ الباب ٨ من أبواب المضاربة ح/١ .

أيضاً ، واختصاصها بشراء الاب لا يضر بعد كون المناط كونه ممن ينعتق عليه ، كما أن اختصاصها بما اذا كان فيه ربح لا يضر أيضاً ، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق ، واطلاقها من حيث اليسار والاعسار في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني ، جمعاً بين الادلة هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع فالظاهر أن حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة مع امكان دعوى شمول اطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه ، فيلحق به الربح الحاصل من غيره لعدم الفرق .

مسألة ـ ٤٦ ـ قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة وأنه يجوز لكل منهما الفسخ اذا لم يشترط لزومها فى ضمن عقد لازم بل أوفى ضمن عقدها أيضاً ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أوجنون وتلف مال التجارة بتمامها أو لعدم امكان التجارة لمانع أو نحو ذلك فلابد من التكلم فى حكمها من حيث استحقاق

(مسألة ـ ٤٦ـ قد عرفت) فى اول الكتاب (أن المضاربة من العقود الجائزة وأنه يجوز لكل منهما) العامل والمالك (الفسخ اذالم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم) فاذا اشترط كانت لازمة واذا فسخ لم يؤثر لما تقدم من ان الشرط يوجب الوضع .

(بل أوفى ضمن عقدها أيضاً) بناءأ على ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم ايضاً لكنك قدعرفت فيماسبق انه مخالف لمقتضى القاعدة ولذا قال المشهور ان الشرط فيه غير لازم .

(ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما) واذافسخا فيزمان واحد حصل الانفساخ وعدم ذكر المصنف له لعدم الحاجة الى ذكره بعدوضوح كفاية فسخ احدهما.

(وقديحصل البطلان) التلقائي (والانفساخ لموت أوجنون أوتلف مال التجارة بتمامها) فينتفى الموضوع ـ وقدتقدم منه امكان تلف كل مال المالك ومع ذلك لاتنفسخ ـ (أولعدم امكان التجارة لمانع) فى التجارة اوفي العامل كمااذا سجن فلايقدر التجارة (أونحو ذلك فلابد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق

العامل للاجرة وعدمه ، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه، اذا كان بالمال عروض ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه اذا كان به ديون على الناس ومن حيث وجوب الرد الى المالك وعدمه وكون الاجرة عليه أولا فنقول: اما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل وأيضاً اما أن يكون قبل الشروع فى التجارة أو فى مقدماتها أو بعده قبل ظهور الربح ، أو بعده فى الاثناء أو بعد تمام التجارة

العامل للاجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه ، اذا كان بالمال عروض،) ولم يرد المالك العروض والافلو أراد المالك العروض لم يحق للعامل انضاضه (ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه اذا كان به ديون على الناس،) وجمع العروض اذا كان متفرقاً فيما اراد المالك نفس العروض (ومن حيث وجوب الرد الى المالك وعدمه) بل على نفس المالك ان يسترد ماله (وكون الاجرة عليه أولا،) واذا احتاج تحصيل المال الى القضاء من حيث لزوم مراجعته القضاء وغير ذلك .

(فنقول : اما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل ،) فيما اذا كان فسخ لاانفساخ (وأيضاً اما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها ،) كالسفر لاجل اشتراء بضاعة خاصة من بلد آخر اونحو ذلك من المقدمات (أو بعده) أى بعد الشروع في التجارة (قبل ظهور الربح ، أو بعده في الاثناء) أى اثناء التجارة (أو بعد تمام التجارة) .

ولايخفى عدم التكرار بالنسبة الى قوله [او في مقدماتها او بعده] وقوله

بعدانضاض الجميع أوالبعض، أوقبله قبل القسمة أوبعدها وبيان أحكامها فى طى مسائل : الاولى : اذا كان الفسخ أوالانفساخ ولم يشرع فى العمل ولافى مقدماتها فلااشكال، ولاشىء له ولاعليه وان

[في الاثناء] لان المراد بالاول اوائل الشروع وبالثاني اواخره او اواسطه (بعد انضاض الجميع أوالبعض ، أوقبله،) بان كان كل المال عروضاً (قبل القسمة) او في اثنائها لامكان الفسخ في اثناء القسمة (أوبعدها،) اى بعدقسمة البعض اذ بعد قسمة التمام لايبقى محل للفسخ .

(و) هذه الصور (بيان أحكامها في طي مسائل : الاولى : اذاكان الفسخ) من احدهما (أوالانفساخ)التلقائى(ولم يشرع) العامل (في العمل ولافي مقدماتها فلااشكال، ولاشيء له ولاعليه ،) بل المال يرجع الى المالك لعدم الموجب لان تكون له شيء، ولاعليه شيء لكن ربما يقال يمكن ان يكون له شيء اوعليه شيء كما اذا ابطل العامل عمله السابق لاجل عمل المضاربة كعامل البناء ، حيث اعطاه زيددرهما وقال له : لاتعمل هذا اليوم لتعمل لي فابطل عمله البنائي .

و قرب الظهر حيث يشرع عمله المضاربي ، لان أهل الاغنام مثلا في هذا الوقت يأتون الى البلد لبيع أغنامهم فسخ المالك المضاربة، حيث لايتمكن العامل من عمل البناء ليحصل على قوت يومه، فان على المالك اعطائه الاجرة لانه مغرور فى ترك عمله فيرجع الى من غره، ولأن ضرره صار بسبب المالك فيشمله لاضرر، فحاله حال ما اذا حبس الحر، حيث اخترنا تبعا لبعض الفقهاء ضمان قدرعمله ــ هذا بالنسبةالى له ــ . وأما بالنسبة الى عليه فكما اذا سبب العامل ضرر المالك كما اذا كان العمل في السفر وكان العامل وقت سفرهم

كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك اذ مع حصول الربح يقتسمانه ومع عدمه لاشيء للعامل ولاعليه انحصلت خسارة الأأن يشترط المالك كونها بينهما على الاقوى من صحة هذا الشرط أو يشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح

هذا اليوم الجمعة و بعد ذلك لا يسافرون الى الجمعة المقبلة ، فاخذ العامل من المالك ثم لماسافر سائر العمال ، حيث لايقدرالمالك من استخدام عامل آخر فسخ العامل المضاربة حيث أوجب جمود مال المالك وعدم تمكنه من استرباحه فيكون حال العامل حال من حبس مال المالك، حيث ان مقتضى قاعدة الغرور وقاعدة لاضرران يكون ضامناً ـ لكن ليس بناءالفقهاء على ما يظهرمن كلمات بعضهم الضمان في كلتاالمسألتين ـ والمسألةبحاجةالى تأمل اكثروتتبع اوسع .

(وان كانبعدتمام العمل والانضاض فكذلك) لاشيء له ولاعليه لعدمموجب لهما ـ كما فى المستمسك وغيره ـ (اذ مع حصول الربح يقتسمانه،) عملا بالمضاربة التى انتهت (ومع عدمه لاشيءللعامل) لانهاقدم على ان لايكونشيء له اذا لم يكن ربح فهو اهدر عمله (ولا عليه ان حصلت خسارة،) لان المالك اقدم على ان لايكون لماله ربح ويحتمل الخسارة انكانت خسارة في التجارة (الأأن يشترط المالك كونها) اى الخسارة (بينهما على الاقوى من صحة هـذا الشرط) لقاعدة المؤمنون عندشروطهم(١) كمامر في المسألة الرابعة .

(أويشترط العامل على المالك شيئاً ان لميحصلربح ،) لقاعدة المؤمنون

---

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٤٥ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح/٢ . الكافي : ج/٥ ص ٤٠٤ .

وربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح

عند شروطهم ، وهي رواية عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، كما رواه المستدرك ، عن الغوالى في كتاب التجارة، وضعف سندها غير ضار بعد الجبر القطعي بعمل الفقهاء بها ، ولادليل على ان الشرط لايشمل هذين المقامين لكن اشكل المستمسك على ذلك بقوله لكن بعد فسخ العقد يبطل الشرط معه ولايجب العمل به .

نعم قد تجب اجرة المثل او اقل الامرين من اجرة المثل لقاعدة الضمان بالاستيفاء .

أقول: اذا قلنا بان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء به له لم يهم في وجوب العمل بالشرط تمام العمل العقدى وعدمه كما اذا استاجر داره فى هذا اليوم بشرط ان يخيط ثوبه فانه اذا انتهى اليوم لايسقط وجوب خياطة ثوبه عليه لانه مقتضى دليل الشرط كما يفهم العرف نعم ان لم نقل بوجوب الوفاء في العقد الجائز تم ماذكره المستمسك لكن تعليله غير تام حينئذ .

(وربما يظهر من اطلاق بعظهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح ،) كأنه أشار بذلك الى ماذكره العلامة في التذكرة حيث قال : فان فسخا العقد أو أحدهما فان كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال ولم يكن للعامل ان يشتري بعده، وان كان قد عمل، فان كان المال ناضاً ولاربح فيه أخذه المالك أيضاً ، وكان للعامل اجرة عمله الى ذلك الوقت أيضاً ـ انتهى .

وربما حمل ذلك على انه كان متعارفاً الاجرة في هذه صورة ، وحيث بنيت المضاربة على المتعارف ، كان اللازم عليه الاجرة من باب الشرط الضمني ، بضميمة ان مثل هذا الشرط لازم الوفاء به ، لكن يرد هذا الوجـه انه قال في

لان بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما فى الجعالة .

القواعد : واذافسخ القراض والمال ناض لاربح فيه أخذه المالك ولاشيء للعامل ـ انتهى .

نعم ، يمكن الجمع بين كلاميه بأن الثاني فيما اذا لم يعمل العامل فيه أو ان المراد [لاشيء] من المال المقرر أي الربح لانه سالبة بانتفاء الموضوع واذا تم الحمل المذكور في كلام التذكرة ظهر وجه النظر في رد الجواهر لـه ، فانه نسبه الى الغرابة ، وعلله في المستمسك بانه خلاف مبنى المضاربة .

وفيه : انه لميظهر ذلك ، لان العمال حيث يريدون سد حـاجاتهم ، ولا يريدون استبداد الملاك بأكثرية الربح يجعلون لانفسهم الحصة في الربح ،لا الاجرةمع تطلبهم الاجرة في قبال عملهم اذالميكن ربح ، أوكان الربح الذي يصيبهم أقل من الاجرة .

وكيف كان ، فاذا كان هذا الشرط ولوضمناكان للعامل ذلك ، ثم ان الظاهر ان المصنف نسب ذلك الى الاطلاق حيث احتمل ان العلامة أراد بذلك صورتي الشرط وعدمه ، فاطلاقه يشمل صورة عدم الشرط .

وكيف كان فاذا لم يكن شرط لم تكن له الاجرة (لان بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة) فانه لااشكال في ان العامل لايستحق شيئاً اذا لميحصل الامر المجعول له ،نعم اذاكان هناك ايضاًشرط ولوضمنى استحق الاجرة على ماذكرناه في المضاربة.

الثانية: اذا كان الفسخ من العامل فى الاثناء قبل حصول الربح فلااجرة له لمامضى مـن عمله واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام لاوجه له أصلا

(الثانية : اذا كان الفسخ من العامل فى الاثناء) اثناء العمل (قبل حصول الربح فلااجرة له) لما تقدم في الاولى من انه مقتضى المضاربة ـ اذا لم يكن شرط ضمني ـ فلا يستحق (لما مضى من عمله) شيئاً ، لكن قد ذكرنا في بعض المسائل السابقة انربح المستقبل لو كان جزء سببه عمل العامل كان من موضوع ماله ربح ، فالمراد [بقبل] الاعم من الربح الحالى والربح المستقبلي لانه ربح أيضاً .

(واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام) المستفادة من لايتوى حق امرء مسلم (١) ونحوه ، حيث ان عمله يوجب حقاً له، كما في موارد الاجارة ، كما اذا استأجره لنشد ان الضالة ، أو القاء الشبكة في البحر ورقابتها كيما يحصل السمك احتمالا وما أشبه ذلك .

(لاوجه له اصلا) لان الاحترام انما يكون اذا لم يهـدر الانسان احترام عمل نفسه ، والعامل باقدامـه على ان لاشيء له اذا لم يربح قـد اهدر عمل نفسه .

اما ماذكره المستمسك بقوله : على انك قد عرفت انها لاتوجب الضمان، لان احترامه يقتضي حرمة اغتصابه لاضمان مايقع منه ـ انتهى.

ففيه: انه لاحاجة الى الاغتصاب، بل اذا كان انسان سبباً لعمله بدون قبوله التبرع كان اطلاق [لايتوى] سبباً لثبوت حقه .

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

وان كان من المالك أوحصل الانفساخ القهرى ففيه قولان أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التى مقتضاها عدم استحقاق شيء الاالربح

(وان كان) الفسخ (من المالك اوحصل الانفساخ القهري) بموت اوجنون اونحوهما (ففيه قولان) اجرة المثل ، كما في الشرائع، وعن المختصر النافع والارشاد واللمعة والروض وغيرهم ، كماحكاه عنهم مفتاح الكرامة وغيره، وعلله في المسالك بأن عمله محترم صدر باذن المالك ، لاعلى وجه التبرع ، بل في مقابلة الحصة، وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق اجرة المثل الى حين الفسخ، خلافاً للمسالك وظاهر القواعد، لانه تنظرفى استحقاقه الأجرة واختيار الجواهر وغيرهم فقالوا بعدم الاجرة واختاره المصنف .

ولذا قال: (أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملةالجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء الا الربح ،) ولو شك كان الاصل العدم وما يمكن ان يستدل به للاجرة قاعدة الاحترام المردودة بأن العامل هو الذى أذهب احترام عمله كما تقدم ، وقاعدة الاستيفاء المردودة بأن المالك لم يستوف شيئاً ، و قاعـدة التفويت المرددة بانـها انما توجب الضمان على المفوت اذا لم يقدم العامل على الفوت وهنا قد أقدم ، هذا ويمكن ان يقال: عدم حصول الربـح - لو استمر في المضاربة - اذا علم به يكون أولى في عدم استـحقاقه ، لانه ان استمر الى الاخير لم يكن له شيء فاولى اذا لم يستمر وجه الاولوية انه لم يضيع بقايا عمله التي كان يعملها اذا لم يكن فسخ .

ثم ان كلام جملة منـهم ، وان كان فى كل من الفسخ والانفساخ ، الا ان عدم الاستحقاق في صورة الانفساخ بطريق اولى، حيث انها ابعد عن تفويت المالك حق العامل.

ولاينفعه بعد ذلك كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار

الثالثة : لو كان الفسخ من العامل بعد السفر باذن المالك وصرف جملة من رأس المال فى نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقا

(ولاينفعه بعد ذلك) الذى هو أقدم على معاملة جائزة (كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار) اذ هذا البناء وحده لايوجب استحقاقه الاجرة بعد ان كان يعلم انه معرض للفسخ الموجب لعدم شيء له فهو مقدم على هدر عمله، كما في الجعالة، حيث انه أقدم على عدم استحقاقه الجعل ان لم يظفر بالشيء المجعول له المال بالشروط المحددة للجعل.

ثم ان مقتضى ما ذكرنا، من عدم استحقاقه الأجرة انه لافرق بين ان استفاد المالك من عمل العامل علماً أم لا؟ كما اذا أخذ العامل في المقدمات التي لا تحتاج الى المال، لكنها تزيد المالك خبرة مثلا: اخذ العامل يدور على التجار ليعلم الاجناس ومواضعها وقيمها وما اشبه ذلك وقال: كل ذلك للتاجر فانها ليست ارباحاً، وان كانت افادت التاجر مالا في المستقبل، حيث لايحتاج الى دوران اسبوع مثلا، ليعرف موقع حاجته .

(الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر) أو شبه السفر (باذن المالك) اذناً خاصاً أو بمقتضى اطلاق عقد المضاربة ـ اذ لادليل الى الاحتياج الى الاذن الخاص مع وجود الاطلاق ـ .

(وصرف جملة من رأس المال فى نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً)، سواء كان لعذر أو لاعذر، لانه اضر بالمالك، فيشمله دليل لاضرر [1] بتقريب ان عدم

---

(١) الوسائل : ج/١٧ ص ٣٤٠ الباب ١٢ من احياء الموات ح/١ .

أو اذا كان لالعذر منه وجهان ، أقواهمـا العدم لما ذكر من جواز المعاملة وجوازالفسخ فى كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه

تضمينه ضرر مثل ما استدلوا بهفي باب خيار الغبن ونحوه، أوالتقريب الذى ذكرناه من دلالة الرواية على العقد الايجابي أيضاً ، حيـث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم استدل بها لاجل الايجاب بقلع شجرة سمرة.

(أواذا كان) الفسخ (لالعذر منه) مثل مرض أونحوه ، حيث ان فى صورة العذر لم يكن عامداً في اضرار المالكفيشمله مثل قوله عليه السلام: [ماغلب الله عليه فهو اولى بالعذر](١)

(وجهان ، أقواهما العدم) مطلقاً (لماذكر) في الثانية (من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت ،) اراده احدهما ، سواء تضرر الاخربالفسخأولا فلامقتضى للضمان .

(فالمالك هوالمقدم على ضرر نفسه) حيثأقدم على مثل هذا العقد،وقول المستمسك انمايتم ذلك اذاكان المالك يحتمل الفسخ .

أما اذاكان لايحتمله فلا اقدام منه ، فالعمدة عدم موجب للضمان ، لاحال السفر ، ولاحال الفسخ يرد عليه انه لولا الاقدامLم يكن مجال [للعمدة] لانهاذا لم يهدر ماله باقدامه كان موجب الضمانلاضرر، ولايتوي، وعلى اليدماأخذت وما أشبه ذلك .

---

(١) البحار : ج/٢ ص ٢٧٣ ح/١١ .

الرابعة: لوحصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لايجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك

وهل يقول المستمسك بحق المجعول لهاذا صرف وقته وكان قاطعا بالظفر بالشيء المجعول له المال ، مستدلا بانه لم يكن يحتمل عدم الظفر فلا اقدام منه والوجه واضح في المقامين، فان الاقدام على مثل هذه المعاملة اقدام على لوازمها سواء علم تفصيلا اللوازم أو لم يعلم ، والامثلة لذلك كثيرة ، كما اذا اقدم على مهر كثير بزعم بقاء الزوجة فماتت ، أو طلقها قبل الدخول أو بعده ، فان عليه كل المهر أو نصفه، ولايصح له ان يقول: اني لم أكن احتمل الموت ،أو الطلاق فلست مقدماً على اعطاء مثل هذا المال ، الى غير ذلك من الامثلة .

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر في كلام السيد البروجردى ، حيث علق على [اقواهما] بقوله : مشكل جداً مع عدم العذر،لان استحقاقه لنفقة السفر قد ثبت بالنص ، وشمول اطلاقه له بعيد .

اذ يرد عليه اولا : انه لاوجه لعدم شمول الاطلاق .

وثانياً : بان ذلك مقتضى المعاملة في المحتاجة الى السفر .

وثالثاً : خصوصاً اذا اذن المالك اذناً خاصاً .

(الرابعة : لوحصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لايجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك) اذناً سابقاً أو حالا ، كما افتى به الشرائع وغيره ، خلافاً لمن أجاز التصرف وجه الاول ان الفسخ والانفساخ رافع للمعاملة التى أوجبت الاذن في التصرف، والمفروض انه لا اذن خاص له فلايجوز أن يتصرف في مال الناس بدون رضاهم تصرفاً تقليبياً فكيف التصرف:

ببيع ونحوه وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل وان وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لايبعد جواز اجبار

(ببيع ونحوه ،) من التصرفات الناقلة ونحوها .

أما قول المصنف : (وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع،) فلان الاحتمال لايقاوم دليل عدم جواز التصرف في أموال الناس .

أما القول بالجواز مطلقاً، فكأنه يتمسك بأن هذا التصرف من شئون المضاربة فيشمله دليل العقد المتضمن للاذن ، وفيه عدم تسليم انه من شئونها حتى بعد الفسخ والانفساخ ، فدليل عدم الجواز بلامزاحم .

(بل وان وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح) لاطلاق دليل المنع ، لكن في تعليقة السيد البروجردى مع هذا الاحتمال لايبعد جواز مطالبة رب المال بتمكينه من البيع والانضاض .

أقول : مقتضى القاعدة ان يكون للعامل حق الاستعلام ، سواء بواسطة نفسه أو بواسطة المالك، لاحتمال وجود حقه فيه احتمالا عقلائياً ، فهو مثل لزوم الفحص على المالك فيما احتمل وجود حق العامل في ماله بعد ان مات العامل فانه المستفاد من مثل [لايتوى] بالاستفادة العرفية ، فلايقال : انه حيث لايعلم بالحق لايشمله دليل لايتوى.(١)

(نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لايبعد جواز اجبار

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

المالك على بيعه منه ، لانه في قوة وجود الربح فعلا ولكنه مشكل مع ذلك ، لان المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة والمفروض عدمه

المالك على بيعه منه ، لانه في قوة وجود الربح فعلا) بل الربح موجود لانه في قوته ، فان الشيء له مالية كذا الان بل لايبعد أن يكون الامر كذلك اذا لم يكن المشترى المذكور موجوداً الانَ ، بل سيوجد قريباً ، كما اذا ان غداً تأتي قافلة الحجاج فيشترون البضاعة باغلى اذ العرف يحسب مثل ذلك مالا ، وان لم يكن الان وعليه فقوله : (ولكنه مشكل مع ذلك، لان المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة ، والمفروض عدمه) غير ظاهر الوجه ، وربما علل بانه لاسلطنة له على المالك في صورة ظهور الربح الذى لايزيد على كونه شريكاً ضرورة انه لاسلطنة للشريك على بيع مال الشركة بغير اذن شريكه، اذ يرد على المناط المذكور انه لادليل على مثل هذا المناط بعد حكم العرف انه ربح ، ولذا اذا تنزلت القيمة السوقية للبضاعة ثم وجد شخص يشتريها بقيمته السابقة غير المتنزلة فلم يبعها وكيله ثم باعها بالقيمة المتنزلة قال : العرف ان الوكيل سبب خسارة المالك ، ومن المعلوم ان الخسارة والربح والتساوى امور ثلاثة ترد على موضوع واحد ، فاذا صدق احدها صدق الاثنان الاخران .

اما العلة المذكورة، ففيها أولا : ان له الاجبار، كما في كل مال مشترك .

وثانياً : ان له بيع حصة نفسه اذا لم نقل بالاجبار، فان الشريك لاسلطنة له على مال شريكه ، لكنه مسلط على قدر مال نفسه في المال المشترك .

ومما ذكر يعلم وجه النظر في كلام المستمسك حيث ذكر العلة ساكتاً

وهل يجب عليه البيع والانضاض اذا طلبه المالك قولان أقواهما عدمه

عليها ، وفي كلام السيد البروجردى حيث قبل بمناط المصنف قائلا : هذا هو المناط فى اشتراكه مع المالك في نفس العروض ، وأما استحقاقه لتحصيل الربح المالي منها الذى هو الغرض الاقصر من المضاربة فمناطه كونهامعرضاً له بالبيع ، سواء كان لأجل زيادة قيمتها السوقية ، أولوجود الراغب الشخصى فالاقوى عدم الفرق بينهما ، كما ظهر وجه النظر في كلام الجواهر فراجع

ومما تقدم يعلم ان حال مايشتري في مكان آخر بالربح حال مايشترى في زمان آخر بالربح ، وقد عرفت انه مثل ما اذا كان يشتريه زبون خاص بالربح وكذا اذا كان يشتري بشرط خاص بالربح ، كما اذا كان فرد باب او حذاء بدرهم .

أما اذا اشترى له فرد آخر بدرهم صار الزوج بثلاثة دراهم والمناط صدق الربح عرفا وهو موجود في كل الاقسام المذكورة .

(وهل يجب عليه البيع والانضاض اذا طلبه المالك) أولا؟ وقد حصل الفسخ او الانفساخ (قولان) الوجوب لموضع من المبسوط وجامع الشرائع والقواعد وعدمه للشرائع والروضة و المسالك (أقواهما) عند المصنف (عدمه) لانه اذا حصل الفسخ ، فلاوجه لالزام العامل بشيء ، فانه لايشمله دليل الوفاء بالعقد[1] ، ولادليل آخر في المقام والاصل البرائة .

---

(١) سورة المائدة الآية/١ .

ودعوى أن مقتضى قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وجوب رد المال الى المالك ، كما كان كما ترى

(و) أما القائل بالوجوب، فقد استدل بانه المعهود المتعارف المبني عليه العقد وفي كثير من الاحيان لايقدر المالك على البيع والانضاض ولاتنفعه العين ولعله أشار الى ذلك ما في القواعد بقوله الاقرب اجباره على البيع ليرد المال، كما أخذه ، وفيه منع كونه المعهود المتعارف فلما فسخ لامجال لجبر احدهما بشيء متعلق بالعقد الزائل وعدم امكان المالك للبيع لايوجب حقاً على آخر ، بل يعطى الاجرة لمن باع .

(ودعوى أن مقتضى قوله عليه السلام) كما في مستدرك الوسائل في كتاب الوديعة : (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[1] مما اشتهر بينهم ، بل أجمعوا على الاستناد اليه (وجوب رد المال الى المالك ، كما كان) فدليل المضاربة ، و ان لم يشمل البيع والانضاض ، الا انه مقتضى دليل آخر (كما ترى) و ذلك لما فى جامع المقاصد من ان الظاهر منه رد المأخوذ ، اما رده على ما كان عليه فلادلالة له ، والتغيير بما حدث كان باذن المالك وأمره ــ انتهى .

ومراده ان ظاهر الحديث : وان كان الرد كما كان ، الا انه لا يشمل قيد [كما كان] اذا كان التغيير باذن المالك .

ومما تقدم يعلم الجواب عن دليل لاضرر[2] اذا كان عدم الانضاض ضرراً

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح/١٢ .
(٢) الكافي : ج/٥ ص ٢٨٠ ــ التهذيب : ج/٧ ص ١٤٦ ح/٦٥١ .

الخامسة : اذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض فان رضيا بالقسمة كذلك فلااشكال وان طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب اجابته

اذ هو نشاء من أمر المالك واذنه ،فلادليل على اجبار غيره برفع الضرر وكذلك الجواب عن دليل رد الامانات.[1]

وقد ظهر مما ذكر عدم وجوب تبديل المتاع بغيره اذا أراده المالك وكذلك اذا كان نضاً فاراد المالك تبديله بالمتاع ، ولذا لم يقل باى منهما احد .

(الخامسة:اذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض فان رضيا بالقسمة كذلك فلا اشكال) ولاخلاف ، اذ الحق لايعدوهما من غير فرق بين جعل العروض لاحدهما والنض للاخر أو تقسيم كل منهما لهما او غير ذلك .

(وان طلب العامل بيعها فالظاهر) عند المصنف (عدم وجوب اجابته) للاصل بعد ان أحد الشريكين لايسلط على اجبار الشريك على البيع ، لان الاجبار خلاف تسلط الناس على أموالهم.[2]

نعم للعامل بيع حصة نفسه ـ كما تقدم في المسألة السابقة ـ و لذا علله المسالك بامكان وصول العامل الى حقه بقسمه العروض خلافاً لما في القواعد

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح/١٢ .

(٢) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

وان احتمل ربح فيه خصوصاً اذا كان هو الفاسخ وان طلبه المالك ففى وجوب اجابته وعدمه وجوه:

من انه يجبر المالك على اجابته ، وعلله المسالك بوجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن ، و ربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض أو وجد لكن بنقصان اورجي وجود زبون يشترى بازيد فيزيد الربح ، و لاريب ان للعامل مزية على الشريك من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عوضه ـ انتهى .

واشكل عليه المستمسك بانه لا يرجع الى محصل يخرج به عن قواعد الشركة المانعة من تسلط الشريك على اجبار شريكه الاخر ،

أقول : الظاهر عدم حقه في الاجبار كما تقدم .

(و) ما ذكره الشهيد الثاني يصلح وجهاً (ان احتمل ربح فيه) يظهر بالبيع لما سبق في الرابعة ، فاطلاق كل من القولين محل نظر ، ولاخصوصية لقوله: (خصوصاً اذا كان هو الفاسخ) اذ كونه فاسخاً وعدمه لايؤثر في عدم حقه في البيع في الاولى وحقه في البيع في الثانية ، وكانه لذا قال بعض المعلقين : الاحوط الاجابة مع احتمال حصول الربح قبل البيع .

(وان طلبه المالك ففى وجوب اجابته وعدمه وجوه):

الاول : الوجوب مطلقاً لتسلط الناس على أموالهم فهو يريد انفصال ماله

ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب وبين عدمه فيجب لان اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملا بقوله :عليه السلام «على اليد»

عن مال شريكه ، وقد قال المستمسك : انه الاوفق بالقواعد و قال به جماعة من المعلقين ايضاً .

الثاني : عدم الوجوب ، كما هو ظاهر الشرائع وغيره مطلقاً للاصل بعد امكان وصول المالك الى حقه بقسمة العروض فلا وجه للوجوب .

(ثالثها : التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب ، وبين عدمه فيجب ،) كما افتى به القواعد وجامع المقاصد وغيرهما (لان اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملا بقوله(ع) : على اليد)(١) فان كان مقدار رأس المال نقداً فقد سلمه ، والاصل عدم وجوب الاجابة في الزائد عليه .

أما اذا لم يكن مقدار رأس المال نقداً فدليل على اليد يلزمه على البيع لكن لا يخفى ان هذا التفصيل لا يتم على اطلاقه ، اذ في صورة كون بعض قدر رأس المال غير نقد يدل هذا الدليل على لزوم البيع بالنسبة الى تكلمة النقد لا مطلقاً .

ولا يخفى انه لا يستفاد من كلام القواعد وبعض آخر اطلاق الاجبار في صورة عدم نقد كل رأس المال ، بل ظاهره الاجبار بقدر ان ينض متمم رأس المال

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح/١٢ .

والاقوى عدم الوجوب مطلقاً وان كان استقرار ملكية العامل للربح وقوفاً على الانضاض ، ولعله يحصل الخسارة بالبيع اذ لامنافاة

لانه قال : وكذا يجبر مع الربح، ولو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي وكان مشتركاً بينهما وجعل في الجواهر مبنى الخلاف في المقام الخلاف فيما يتحقق به استقرار ملك العامل للربح ، فان كان الاستقرار بالفسخ لم يكن للمالك الاجبار ، وان كان الاستقرار يتوقف على الانضاض ـ لانه من تتمة المضاربة ـ فلابد من القول بالوجوب، لان المضاربة باقية والبيع من توابعها، لكن المصنف لم يرتض بهذا البناء فقال : (والاقوى عدم الوجوب مطلقاً وان كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض ، ولعله يحصل الخسارة بالبيع) أولا يربح فلاحق للعامل، فما لم ينض لادليل على ان العامل له حق (اذ لامنافاة) بين كون الانضاض من تتمة المضاربة و بين عدم وجوب البيع على العامل فلادليل على التلازم بين كون الانضاض من تتمة المضاربة و بين وجوب البيع على العامل ـ كما جعل الجواهر التلازم بينهما ـ كما لامنافاة بين عدم كون الانضاض من تتمة المضاربة وبين وجوب البيع على العامل ـ حيث لم يجعل الجواهر التلازم ـ وجه عدم المنافاة في الاول ان المضاربة لما انفسخت لم يكن عقد حتى يوجب شيئاً على العامل ، من بيع أو غيره ، فمن اين وجوب البيع على العامل بعد الفسخ ، ووجه عدم المنافاة في الثاني ان من الممكن عدم كون الانضاض من تتمة المضاربة ومع ذلك يجب البيع على العامل بدليل تعبدي ، مثل على اليد ما اخذت او نحوه .

فنقول : لايجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه لكن لوحصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

السادسة : لو كان فى المال ديون على الناس

واذا عرفت وجه الاحتمالات الثلاثة (فنقول : لايجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه) اذ الدليل ، أما المضاربة وأما لاضرر وأما على اليد، وقد عرفت في مسألة سابقة انتهاء المضاربة بالفسخ ، كما ان الدليلين لايدلان على الوجوب .

(لكن) لايلازم عدم وجوب البيع عدم جبران الخسارة اذا ظهرت بعد الفسخ ، اذ الخسارة لاتدع مكانا لحصة العامل ، سواء أخذها او لم يأخذها ظهر قبل الفسخ أو بعده ، لانه دخل على عدم حصة له وهدر عمله اذا كانت خسارة وذلك لايرتبط بظهور الخسارة قبل الفسخ .

فـ(لو حصلت الخسارة بعده) أي بعد الفسخ (قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه) العامل (يسترد منه) وقد تقدم انه لو تصرف فيه تصرفاً ناقلا اخذ منه بدله .

أقول : قد تقدم بعض الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين فراجعها.

(السادسة : لو كان في المال ديون على الناس) فحصل فسخ ، وانفساخ من

فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا وجهان أقواهما العدم

احدهما، او كليهما ، او انتهت مدة المضاربـة (فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ)؟ كما ذكره جمع منهم المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والارشاد والروض والقواعد والمسالك وغيرهم ـ على ما حكى عن بعضهم ـ (أم لا ؟) كما ذهب اليه آخـرون ، وان كان القول الاول أشهر ، بل المشهور (وجهان) بل قولان كما عرفت .

استدل للاول: بما في المسالك وغيره من ان مقتضى المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لاتجري مجري المال، وان الدين ملك ناقص، وان الذي أخذه كان ملكا تاماً، فاللازم ان يرده كما أخذه لظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدي واذن المالك بالادانة انما كانت على طريق الاستيفاء لامطلقة بدلالة القرائن ولاقتضاء الخبر ذلك، لكن المصنف قال: (أقواهما العدم) للاصل بعد عدم تمامية الادلة المذكورة اذ [مقتضى المضاربة] قد سقط بالفسخ واذا انتفت العلة انتفى المعلول و [على اليد] لايشمل المقام، لان المالك قد دخل على انه عقد جائز، فهو الذي أهدر حقه بعد كون مقتضى الجواز الفسخ، واذا فسخت فلاشيء ملزم للعامل أن يعمل لاجل مال المالك و [اذن المالك] لم يكن اذناً خارجياً ، بل في ضمن المضاربة فاللازم ملاحظة مقتضى المضاربة لاأكثر من ذلك و [الخبر] لم يدل على هذا الفرع بالذات ، وان كان اراد انصراف الخبر ، ففيه انه لو سلم فهو بدوي .

ثم انه قد ذهب جملة من المعلقين الى الوجوب فتوى كالسيد البروجردي

من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك

السابعة : اذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الاحكام

أو احتياطا كالسيد ابن العم ، وفصل السيد الجمال قائلا : الأقوائية باطلاقها ممنوعة ، بل لو كان الفسخ من العامل فلا يبعد وجوب الجباية ، وفيه عدم الفرق بين كون الفسخ من العامل أو غيره بعد أن دخل المالك على هدر حقه، حيث أنه قبل بالمضاربة التي تنتفي بالفسخ فلايبقى حق لاحدهما على الاخر .

ولذا قال المصنف: (من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك) ومنه يعلم حال الانفساخ .

(السابعة: اذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيمامر من الاحكام) اذا ثبت ان المالك له حق على العامل في الانضاض واستيفاء الديون ، فاذا مات المالك انتقل هذا الحق منه على العامل الى وارثه، لقاعدة ماتركه الميت فلوارثه، وكذا اذاثبت حق العامل على المالك في جواز بيع العروض بعد الفسخ ومات العامل انتقل حقه الى وارثه .

أما اذا لم نقل باي من الحقين فليس للميت منهما حق ينتقل الى وارثه ، فاحتمال استصحاب عدم حق على ورثة احدهما على الاخر، غير تام الاركان ، اذ لاشك في اللاحق [لاطلاق دليل ما تركه الميت فلوارثه] ان كان عدم الحق في السابق ، حيث حياة المورث .

ومنه يعلم أقوائية ما اختاره الشرائع حيث قال : وكذا لومات رب المال

. . . .

وهوعروض كان له البيع الاان يمنعه الوارث وفيه قول ـ انتهى. الا انه لاوجه للاستثناء، فانه اذا كان حقاً للعامل فمن اين يحق للوارث منعه .

ومنه يعلم وجه النظرفي كلام المستمسك ، حيث قال : وظاهرالشرائع ان جوازالبيع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالك الاان يمنعه وارث المالك ولكنه غيرظاهرالوجه، فانالمأذون لايجوزله التصرف فيالمأذون فيه مع موت الاذن للانتقال الىالوارث المقتضى لحرمة التصرف فيه بغيراذنه ، ولايكفىفى جوازه عدم المنع من المالك ولذلك كان القول الاخرالذي حكاه فيالشرائع هو المتجهـ انتهى .

وفيه : ان تصرف العامل كان حقاً له على المـالك ، فمن اين سقط حقه بالموت ولم يكنمجرد اذن حتى اذا مات الاذن يذهب الاذن ويكون الاختيار بيد الوارث .

ثم ان السيد البروجردى وجملة منالمعلقين قالوا عند قول المصنف [قام وارثه] فيما له من الاموال والحقوق، وأما ماعليه منالحقوق فلا،كما اذا مات العامل وقلنا بوجوب الانضاض عليه مع مطالبة المالك ـ انتهى. وهو وانكان فيمحله في الجملة ، الاان اطلاقه محلنظر، اذلوكان على العامل حق في قبال مالـه من الحق لايصح ان يقال بانتقال حقه الذى له الى وارثـه دون ان يقوم الوارث بماعليه منالحق لانهمافيقبالالاخرفكيف ينتقل احدهمافقط،وكذلك بالنسبة الى المالك .

الثامنة : لايجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله ، فلايجب الايصال إليه .

نعم لوأرسله الى بلدآخر غيربلد المالك

(الثامنة: لايجب على العامل بعد حصول الفسخ أوالانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلايجب الايصال اليه ،) لاصالة عدم الوجوب، خلافاً لفتوى ابن العم، وقول السيد البروجردى بوجوب الايصال وكان وجه ذلك ان الايصال من مقتضى المضاربة. وفيه : ان المضاربة بعدالفسخ لابقاء لها حتى يلزم ماكان تقتضيه .

ومنه يعلم عدم صحة الاستدلال لذلك بدليل اليد ، بالاضافة الى انها لاتدل على الايصال ، بل التخلية اداء ، فاذا وضع عنده امانة كان رفع يده عنها عند ارادة المالك اياها (اداءاً)عرفاً، والقول بأن الواجب الايصال، لكنه اذا احتاج الى اجرة على المالك جمعاً بين الحقين، فيه انه لاحق في الايصال حتى يجمع بينهما بذلك .

نعم، لاشك، ان صرف التخلية لوكان موجباً للخطرعلى المال لم يجزله الا التخلية فيمالاخطر اذا لم يتمكن المالك من رفع الخطر، كما اذا كانت شاة بيد الراعي الذي معه كلب في مذئبه ، حيث ان تخليه عن الشاة يعرضها للافتراس وان مثل هذه التخلية لاتسمى اداءاً .

نعم اذا كان للحفظ اجرة كانت على المالك جمعاً بين الحقين.

(نعم لوأرسله الى بلدآخر غير بلد المـالك) ينبغي أن يزاد ببلد المالك بلد المال الذى اختاره المالك ان يكون بلداًللمال لاالبلد الذى يسكنه المالك،

ولو كان باذنه يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده لكنه مع ذلك مشكل

اذ العبرة بذلك، فاذا كان المالك يسكن بغداد لكن أمواله التجارية في بيروت وقد اعطى من هناك المال للعامل كانت العبرة ببيروت ، حيث ان بيروت منطلق تجارته ، بل ربما لايريد الايصال المال الى بغداد لانه بلد تسلط عليه الاشتراكيون مثلا .

وكيف كان (ولو كان) الارسال (باذنه يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده) وجه الامكان انه من توابع المضاربة، فمقتضى لاضرر[1] وعلى اليد[2] وما أشبه ذلك وكون الارسال باذنه لايخرجه عن الادلة المذكورة .

(لكنه مع ذلك مشكل ،) بل اللازم التفصيل بين ما اذا كان باذنه ـ الاذن المستفاد من اطلاق المضاربة ـ فلايجب اذ المضاربة انتهت ، وقد عرفت الاشكال في دلالة على اليد ولاضرر على ذلك بعد انتهاء المضاربة ، وتوهم ان المال بيده امانة والله يأمر برد الامانات، غير تام، اذ ليس المراد بالرد الا التخلية ، والا فلو قال المالك لزيد : اذهب بمالي الى بلد فلان في قبال اجرة كذا، أو تبرعاً فهل يقول أحد بوجوب رده الى بلده ؟ اذا أراد ذلك مستدلا باية الامانة ؟ وليس عدم وجوب الرد الا لاجل ان الاية لايستفاد منها ذلك ، فاصالة عدم الوجوب هي المحكّمة، ولذا قال المستمسك : اذا كان الارسال باذنه فلاينبغي التأمل في عدم الوجوب.

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح/١٢ .

(٢) الفقيه : ج/٣ ص ٥٩ ح/٣٠٨١ .

وقوله عليه السلام : على اليد ماأخذت أيضاً لايدل على أزيد من التخلية واذا احتاج الرد اليه الى الاجرة فالاجرة على المالك كما في سائر الاموال

(وقوله عليه‌السلام: على اليد ماأخذت أيضاً لايدل على أزيد من التخلية،) لما تقدم من عدم دلالة تؤدى على أكثر منها ، وما في المستمسك من انالاداء الذي‌أخذ غاية للضمان ملازم لاخذالمالك، فلايتحقق بدونه فلايكفى فيه مجرد التخلية من دونان يأخذه المالك ـ انتهى. غير ظاهر الوجه ، فاي فرق بين الاداء في الرواية والاية ، وقد سلم دلالة الاية على التخلية مع ان اللفظ فيهما واحد، وكأنه لذا رجع « ره » أخيراً وقال : (اللهم.. فالمراد من الاداء رفع اليد من العين ، مضافاً الى ان ذلك هو الموافق للارتكاز العقلائى في باب الضمان الى آخر كلامه ..) وبين ماكان بغير اذنه، فاللازم عليه رده الى بلده ، كما هو كذلك في كل من أرسل مال انسان الى مكان آخر بدون اذنه ، فان اللازم عليه احضاره عنده ، لانه المستفاد من الاية والرواية السابقتين ، بل الارتكاز ايضاً حيث ان النقل تفويت لخصوصية المكان التى كانت للعين فيجب تداركاتها، كما أفتى به المستمسك .

(واذا احتاج الرد اليـه) فيما كان الارسال باذنه (الى الاجرة فالاجرة على المالك،) لان الرد لمصلحته ولاوجوب له على العامل فلا وجه لكون الاجرة على العامل (كما في سائر الاموال) للملاك.

نعم اذا أرجع العامل ماله اليه باجرة بدون طلبه منه لم يكن وجه لكون

نعم لوسافربه بدون اذن المالك الى بلد آخر وجعل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد والاجرة وان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون اذنـــه .

الاجرة عليه ، اذ الاصل عدمه ، وان كان ذلك الارجاع في نفع المالك ، لان المناط في الضمان ، أما الامر أو كون الاثر للعمل كما تقدم في بعض المسائل السابقة .

(نعم لو سـافر به بدون اذن المالك الى بلد آخر وجعل الفسخ فيـه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد) لماتقدم (والاجرة) لتوقف الرد الواجب عليها .

أما اذا لم يرد المالك رده فلاحق له في رده ، لانه تصرف عداوني في مال الناس ، واذا كان الحاكم الجـائر يأخذ مالاللابقاء هناك ، أو الرد الى المالك فالكلام في ذلك المال كماتقدم من انه لو كان باذن المالك ـ ولو لاطلاق المضاربة ـ فهو على المالك والا كان على العامل .

(وان كان ذلك منـه) من العامل (للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون اذنه.) اذ الجهل لايرفع الضمـان ، واذا كان الواجب على العامل الرد الى مكان خاص ـ مثل مكان المالك أومكان المال ، كما تقدم ـ فطلب منه المـالك الرد الى مكان آخر لم تجب عليه الاجابة ، وان كان ذلك المكان اقصر أو أقل اجرة .

ثم انه كما كان الحال في السفر كذلك الحال في الحضر ، اذ قد ينقل المتاع الى طرف آخر من البلد مما يحتاج الى النقل الى مكان المالك ، لوحدة الدليل في المقامين ، والله العالم .

مسألة ــ ٤٧ ــ قدعرفت أن الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس ثم لايلزم أن يكون الربح حاصلا من مجموع رأس المــال وكذا لايلزم ان تكون الخسارة واردة على المجموع فلو اتجر بجميع رأس المال فخسر، ثم اتجر ببعض الباقى فربح يجبر

(مسألة ـ٤٧ـ قدعرفت أن الربح وقاية لرأس المال) يتدارك به ضرره وتلفه (من غير فرق بين أن يكون) الربح (سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً،) بلا اشكال ولا خلاف، بل ظاهر الاجماع عليه، وفي الجواهر ادعاء الضرورة في الجملة على ذلك.

ومنه يعلم، حال الضرر المقارن للربح في قطعتين من المال (فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس) الخسارة اللاحقة تجبر بالربح السابق، وكذا بالنسبة الى المتقارنين.

(ثم لايلزم أن يكون الربح حاصلا من مجموع رأس المال،) اذ اطلاق دليل الجبران شامل لكليهما.

(وكذا لايلزم ان تكون الخسارة واردة على المجموع،) فالاطلاق شامل للاقسام التسعة الحاصلة من ضرب كون الربح من المجموع، ومن البعض الوارد عليه الخسارة، ومن البعض الذي لم يرد عليه الخسارة، في الاقسام الثلاثـة للخسارة.

(فلو أتجر بجميع رأس المال فخسر، ثم اتجر ببعض الباقى فربح يجبر

ذلك الخسران بهذا الربح وكذا اذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الاخر أو بجميع الباقي فربح ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولهما فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً مادام لم يتم عمل المضاربة ثم انه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الاثناء

ذلك الخسران بهذا الربح) لاطلاق ما دل على الجبر .

(وكذا)عكسه فيما (اذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الاخر أو بجميع الباقي فربح) فقد يربح الدرهم أو الدينار أو كلاهما .

وعلى كل حال ، فقد يخسر الدرهم أو الدينار أو كلاهما ـ كان الربح قبلا ، أو بعداً ، أو مع الخسارة ـ.

(ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولهما) حصول أي منهما (فالربح مطلقاً جابر للخسارة و) لـ (التلف مطلقاً ما دام لم يتم) الـ (عمل) المرتبط بـ (المضاربة) وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين فراجعها .

(ثم انه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الاثناء) كما اختاره غير واحد من الفقهاء ، وذلك لان العقد جائز مبني عرفاً على الانفكاك ، وليس هو مثل النكاح مما لايمكن تجزئته ، واذا كان كذلك عرفاً وقرره الشارع بدون تغيير كان اللازم ان يكون الحكم كذلك شرعاً ، ويؤيده ما ذكروه في باب العقود اللازمة من خيار تبعض الصفقة ، فانه اذا لم يكن العقد مبنياً على الانفكاك

ولكن تبطل بالنسبة اليه وتبقى بالنسبة الى البقية ، وتكون رأس المال

كان اللازم البطلان لاالخيار و كان هذا هو وجه تسالمهم على الحكم المذكور في المتن ـ كما صرح بذلك المستمسك ـ .

ومنه يعلم وجه النظر فى المسألة الثانية عشرة الاتية في مسائل الختام من عدم صحة التبعيض في ما اذا كان رأس المال لاثنين فاسترد احدهما ماله ، فانه اذا جاز في المالك الواحد استرداد لبعض ماله جاز لاحدهما بطريق أولى .

(ولكن تبطل) المضاربة (بالنسبة اليه) أى الى القدر المردود (وتبقى بالنسبة الى البقية ، وتكون) تلك البقية هى (رأس المال) .

ومنه يظهر ، حال كل الاقسام لان رأس المال ، أما لواحد وأما لاثنين ، وعلى أى حال العامل أما واحد أو اثنان، فان الاسترداد لبعض رأس المال وانسحاب العامل من بعض رأس المال أو انسحاب ، أحد العاملين لايوجب بطلان المضاربة .

وبذلك يظهر أنه لاوجه لما ذكره المستمسك قائلا: ويحتمل في المقام الالتزام ببقاء المضاربة حتى بالنسبة الى ماأخذه المالك ويكون ماأخذه المالك بحكم ماالوضع في كيس مستقل وافرز عن باقي المال الى آخره، اذلاوجه لهذا الاحتمال لاشرعاً ولاعرفاً، وكأنه لذا قال: لكن لازم ذلك جواز تصرف العامل به بعد أخذ المالك فيتعين البناء على التبعيض ـ انتهى .

لكن ليس بطلان الاحتمال المذكور من جهة بطلان اللازم ، بل لما ذكرناه .

وحينئذ فاذا فرضنا أنه أخذ بعدما حصل الخسران أو التلف بالنسبة الى رأس المال، مقداراً من البقية ثم اتجر العامل بالبقية أو ببعضها فحصل ربح يكـون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه مثلا اذا كان رأس المال مأة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقى تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت ثمانون فرأس المال تسعون واذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة ولا يبقى للعامل شىء

(وحينئذ فاذا فرضنا أنه أخذ بعد ماحصل الخسران أو التلف بالنسبة الى) بعض (رأس المال، مقداراً من البقية ثم اتجر العامل بـ) كل (البقية أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح) عند المصنف (جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه) لا بالنسبة كما سيأتي في كلام المحقق.

(مثلا اذا كان رأس المال مأة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت) عند العامل (ثمانون فرأس المال تسعون) ثمانين عند العامل وعشرة التلف أو الخسارة.

(واذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة) التالفة (ولا يبقى للعامل شيء) لكن فيه: انه بناءاً على هذا لم يخسر المالك شيئاً بينما خسر العامل عمله، بينما ان المضاربة مبنية على ان لا يخسر العامل عمله اذا كان في المال ربح.

وان شئت قلت: ان العامل انما دخل على ان يكون الربح جبراناً للخسارة اذا

وكذا اذا أخذ المالك بعدماحصل الربح مقداراً من المال سواء كان بعنوان استردادبعض رأس المال أوهو مع الربح أومن غيرقصد الىأحد الوجهين ، ثم اتجر العامل بالباقى أوببعضه فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه حتىالمقدار الشائع منه فى الذى أخذه المالك ولايختص الجبر بماعداهحتىيكونمقدارحصة العامل منه باقياً له ، مثلا اذا كانرأس المالفربحعشرة ثم

كان المال مأة، فكماانه لميدخل اذاكان المال من الاول تسعين كذلك لم يدخل اذاأخذ المالك من المأةعشرة، فبأي دليل لايكون للعاملشيء اذا لم يدخلفي مثل هذه المعاملة.

(وكذا اذا أخذ المالك بعدما حصل الربح مقداراً مـن المال سواء كان) المأخوذ (بعنواناسترداد بعض رأس المال أوهو معالربح) وكان عليه انيذكر [أو الربح] اذلافرق بينقصده أخذ الربح خالصاً، أومع بعض رأس المال (أو من غيرقصد الىأحد الوجهين، ثم اتجرالعامل بالباقي) كلا (أوببعضه فحصل) بعدذلك (خسران أوتلف يجبربالربح السابقبتمامه) أيبتمام الخسران أوالتلف (حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك) خلافاً لما سيأتى من كلام المحقق حيث جعل الجبران بالنسبة لابتمامه.

(ولايختص الجبر بماعداه حتىيكون مقدار حصة العامل منه) من الربح (باقياًله،مثلااذاكانرأس المالمائةفربحعشرةثم)أخذ المالكعشرة ثماتجرالعامل

خسرة عشر أو تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه فى العشرة المأخوذة فلا يبقى للعامل من الربح السابق شىء وعلى ماذكرنا فلاوجه لماذكره

بالبقية (خسر عشرة او تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلايبقى للعامل من الربح السابق شيء) ويردهنا أيضاً ماذكرناه في سابقه ، فان العامل خسر عمله مع حصول الربح والمالك لم يخسر شيئاً مع وجود الخسارة، فلماذا تختص الخسارة بالعامل دون المالك .

وان شئت قلت: ان العامل دخل على انه يجبر الربح السابق الخسارة اذا كانت الخسارة على كل المال، أي مأة وعشرة لاعلى بعض المال أي المأة فقط، فلماذا يجبر الربح الخسارة الواردة لاعلى كل المال ، ويمكن ان يقال : على المصنف في كلاالفرعين ان العقد بين المالك والعامل كان بحيث يكون كل المال من المالك وكل العمل من العامل، وعلى هذا يكون الربح بينهما والخسارة على المالك [وفي الحقيقة الخسارة تكون عليهما حيث خسر المالك ماله والعامل عمله] فكما انه اذا لم يفعل العامل كل العمل كان خلاف العقد ،كذلك اذا لم يترك المالك كل المال كان خلاف العقد.

(وعلى ماذكرنا فلاوجه لما ذكره) المصنف [رحمة الله عليه] وان سكت عليه بعض المعلقين كالسادة ابن العم والجمال وغيرهما، بل الوجه لماعن الشيخ في المبسوط و (المحقق) في الشرائع حيث قال: اذا كان مال القراض مأة فخسر عشرة وأخذ المالك عشرة ثم عمل بها الساعي فربح كان رأس المال تسعة وثمانين

المحقق وتبعه غيره مــن أن الربح اللاحق لايجبر مقدار الخسران الذى وردعلى العشرةالمأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبةاليهافمقدار الخسران الشائع فيها لاينجبر بهذا الربح

الا تسعاً، لان المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود، فاذاكان المال في تقدير تسعين،فاذا قسم الخسران ـ وهوعشرة ـ على تسعين كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً فيوضع ذلك من رأس المـال (وتبعه غيره) كالقواعد والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم (من ان الربح اللاحق لايجبر مقدار الخسران الذى وردعلى العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة اليها) حيث ان العشرة خرجت عن المضاربة بأخذ المالك اياهـا .

(فمقدار الخسران الشائع فيها) أي في العشرة المأخوذة (لاينجبر بهذا الربـح) ووجهه واضح ،اذ العشرة التي خسرها موزعـة على جميع الباقى [الذي هو التسعون]فكل عشرة من التسعين خسر واحداً وتسعاً ـ فان ضرب تسع مرات واحد وتسع في الواحد ينتج عشرة ـ وحيث ان المالك أخذ عشرة، فقد خرجت العشرة بضررها و ربحها عن المضاربة ، لان الربح انما يجبر بـه الخسران المتعلق بمال المضاربة فيكون الربح يجبر ـ الان ـ الخسران المتعلق بالباقي ، وهو تسعة وثمانون الاتسعاً ، فالواحد والتسع الباقى [الى التسعين] يكون ربحاً خالصاً بدون ان يكون في قباله خسران ويكون بين المالك والعامل

فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال لايكون تسعين ، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحدوتسع

فاذا فرض انهما قررا ان يكون لكل منهمانصف الربح كان للعامل خمسةاتساع وهكذا .

(فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال لايكون تسعين ، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو) أي حصة خسارة العشرة المأخوذة ــ والاتيان بضمير المذكر باعتبار الخبر ــ (واحد وتسع)ومراده ان رأس المال الذي يجبر نقصه بعد أخذ المالك العشرة من المأة هو تسعة و ثمانون الا تسعاً ولايجبرمن الربح المتأخر النقص المتعلق بالعشرة التي أخذها المالك لخروج العشرة المأخوذة عن مال المضاربة ، وهكذا الحال في سائر الامثلة يوزع الخسران على الجميع بالنسبة ، ولايجبربالربح الخسران المتعلق بما اخذه المالك ، بل يجبر خصوص الخسران المتعلق بالباقي.

فلو كان رأس المال عشرة فخسراثنان، ثم أخذ المالك أربعة ، فاذا ربحت الاربعةالباقية اثنين كاننصف الاثنين جابراً للخسران الواردعلى الباقي والنصف الاخربين المالك والعامل حسب شرطهما، فان كان الشرط تنصيف الربح كان لكل منهمانصف الواحد، وان كان الشرط تثليثه كان لاحدهما الثلث ولـلاخر الثلثان وهكذا ، ولذا قال العلامة في القواعد والتذكرة : انـه لوخسر رأس المال ــ المأة ــ عشرة ثم أخذ المالك خمسة والاربعين، ثم خسرعشرة وزع الخسران على الجميع فيلحق الخمسة والاربعين التي أخذها المالك نصف الخسران وهو خمسة ويلحق الباقي أيضاً خمسة ، فاذا ربح بعد ذلك عشرة كان نصفها جابراً

....

للخسران الوارد على الباقي والنصف الاخر بين المالك والعامل على حسب شرطهما في المضاربة .

والى هذا اشار السيد البروجردى حيث قال : انفساخ المضاربة بالنسبة الى ماأخذه المالك وبقائها بالنسبة الى البقية ـ كما اعترف به ـ مستلزم لعدم سهم المأخوذ من الخسران بربح البقية فيما بعد .

وكذا العكس ، اذ المضاربة فيه بعد ماتمت وهي خاسرة أورابحة لاتنقلب عما تمت عليه فيستقر خسرانها على المالك ان كانت خاسرة ، ولايكون ربحها وقاية لشيء ان كانت رابحة بخلافها في البقية فانها لبقائها لايتعين لأحدهما الا بالاختتام ـ انتهى .

وبذلك يظهر وجه النظر في اشكال الجواهر في كلام المحقق ومن تبعه ، ولذا رده المستمسك بأن فيه بانه بعد بطلان المضاربة فيه يخرج عن كونه مال المضاربة فلاوجه لجبر خسارته بربح غيره الباقي ، لان ربح مال المضاربة يجبر خسران ذلك المال لاخسران غيره ، فان أحدهما صار اجنبياً عن الاخر ـ انتهى .

فلماذا يجبر ربح الاجنبي لخسران الاجنبي ويكون الحال : كما اذا مات المالك وأخذ أحد الورثة الوارث للعشر عشرة وابقى البقية تسعة اعشار عند العامل بالمضاربة السابقة، فانه لاوجه لجبران ربح التسعين خسران العشرة التي أخذها ذلك الوارث .

ومما تقدم يظهر ، انه لافرق في عدم الجبران بين أخذ المالك للعشرة

وكذا لاوجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أن مقدار الزبح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق ، وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل

ونحوها بعنوان فسخ المضاربة في تلك العشرة أو لابهذا العنوان، اذالمفروض انما يأخذ المالك خرج عن مال المضاربة ، فتفصيل المستمسك بين الفرضين وموافقة الجواهر في الثاني منهما حتى لوصرفه المالك فخرج عن كونه مال المضاربة لانعدامه مستدلا بأن مثل هذا الخروج لانتفاء القابلية لايلزم من لزوم الجبر، غيرظاهر الوجه .

قال المصنف: (وكذا لاوجه لماذكره بعضهم) كالعلامة (في الفرض الثاني) وهو ماذا أخذ المالك بعد ماحصل الربح مقداراً من المال ثم اتجر العامل بالباقي فحل خسران أوتلف يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك (أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق ، وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه ،) فالمأة ربحت عشرة، ثم أخذها المالك عشرة فبقيت مأة ثم خسرت عشرة وعليه لاشيء للعامل ـ على رأى المصنف ـ لان الربح يجبر الخسران فالمالك بالنتيجة كانت له مأة والان له مأة، خلافاً للعلامة وغيره، قالوا بأن بعض الربح للعامل لما تقدم في المسألة السابقة .

أما على رأي المصنف (فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل

بعـد حصول الخسران المذكور بل قدعرفت سابقاً أنه لوحصل الربح واقتسماه فى الاثناء وأخذكل حصة منه ثم حصل خسران انه يسترد من العامل مقدار ماأخذه بل ولو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة أو بعدها اذا اقتسما العروض وقلنـا بوجوب الانضاض على العامل وانـه من تتمات المضاربة .

بعد حصول الخسران المذكور)وقد عرفت ان الاشكال وارد أيضاً على قوله : (بل قد عرفت سابقاً أنه لو حصل الربح) كالعشرة الزائدة على المأة (واقتسماه في الاثناء وأخذ كل حصة منه ثم حصل) بعد الاقتسام (خسران انه يسترد من العامل مقدار ما أخذه)ليجبر الربح الخسارة وقوله : [مقدار] يراد به قدر الخسارة ، لا كل مقدار ما أخذ ، فاذا حصل خسران اثنين في المثال استرد من العامل واحداً لا كل خمسته ، وانما ينزل الامر على ما كان ربح ثمانية فقط مثلا ، الى غيـر ذلك من الامثلة .

(بل ولو كان الخسـران بعد الفسخ) وقد عرفت الاشكال فيه في المسـألة الخامسة والثلاثين (قبل القسمة أو بعدهـا اذا اقتسما العروض وقلنـا بوجوب الانضاض على العامل وانه من تتمات المضاربة) ولذا اشكل عليه غير واحد من المعلقين كالسادة البروجردي والحكيم والجمال وغيرهم .

مسألة ــ ٤٨ ــ اذا كانت المضاربة فاسدة فأما أن يكون مع جهلهما بالفساد، أومع علمهما، أوعلم أحدهما دون الاخر فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك لاذنه فى التجارات ان كانت مضاربته باطلة

(مسألة ـ ٤٨ ـ اذا كانت المضاربة فاسدة) فساداً شاملا ، ومنه يعلم حال فسادها في الجملة بان كان اول العقد صحيحة ثم طرء عليها الفساد ، فان لكل واحد من الصحة الاولية والفساد التالي حكمهما (فأما أن يكون مع جهلهما بالفساد ، أو مع علمهما ، أو علم أحدهما دون الاخر) أما الشك بالفساد فانه مجرى اصالة عدم الانعقاد ، أو اصالة الصحة في المعاملة ، فليس حال الشك حال رابع ، كما انه لو اختلفت حال احدهما أو كليهما في العلم والجهل بان قطع أولا بالصحة ، وثانياً بالفساد أو بالعكس كان لكل حال حكمه مما سيأتى من الاحكام الثلاثة .

(فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك) عندالمصنف (لاذنه في التجارات) وعلله المستمسك بأن المضاربة تستلزم الاذن في التجارة وان كانت باطلة .

(و) الأذن الحاصل يوجب كون الربح للمالك و (ان كانت مضاربته باطلة) لكن هذا بناءاً على ما تقدم منهم من ان الربح تابع للمال ، وقد عرفت هناك عدم دليل على ذلك ، بل اللازم ان يكون الربح بينهما ، لانه ناتج عن العمل والمال فلا وجه لاختصاصه باحدهما لاشرعاً ولاعرفاً ، بل العرف يرى انه تابع لهما بنسبة خاصة . فيشملهما لايتوى حق امرء مسلم (١) ونحوه من الادلة الشرعية .

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

وكيف كان فصور المضاربة أربع :

الاولى : الصحة وللعامل كالمالك قدر حقه المقرر في العقد اذا لم يكن اجحاف ولااكراه ، ولو الاكراه الاجوائي، كما ذكرناه في [الفقه : الاقتصاد] والا كان له قدر حقه العرفي من الربح .

الثانية : الفساد مع علمهما بالفساد ، وحينئذ يكون الربح بينهما حسب العدل بالنسبة الى المال والعمل سواء كان المقرر في العقد الباطل أقل أو أكثر أو مساوياً ، اذ المقرر لما بطل رجع كل الى حقه ولايكون للعامل أقل اذا رضى به عند العقد ــ بدليل انه أهدر حقه بالنسبة الى التفاوت بين حقه وبين الاقل الذى رضيه ــ وانما لايكون ، لان قدر حقه نتيجة عمله ولم يهبه للمالك فمن اين صار للمالك و دخوله على ان يكون له اقل من حقه ليس هبة للمالك.

ومنه يعلم ، العكس بأن قررا ان يكون للعامل أكثر من حقه الطبيعي ، فان الزائد لايكون للعامل ، اذ دخول المالك على ان يكون الزائد للعامل ليس هبة للعامل ، فمن اين يكون الزائد للعامل ؟

الثالثة : الفساد مع علم المالك فقط بالفساد والربح بينهما ، كما قررا ان كان المقرر لكل منهما بقدر حقه الطبيعي ، وان كان المقرر للعامل أقل من حقه كان له بقدر كل حقه لما تقدم في الثانية ، وان كان المقرر للعامل أكثر من حقه كان له بقدر حقه الطبيعي لما تقدم في الثانية أيضاً ، فان دخول احدهما على ان يأخذ أقل من حقه ليس هبة للاخر فلا يكون للاخر من باب الهبة ، ولا من باب المعاملة ــ لفرض بطلانها ــ فمن اين يؤخذ بعض حق هذا ويعطى للاخر ؟.

نعـم لو كان الاذن مقيداً بالمضاربــة توقف ذلك على اجازته والا فالمعاملات الواقعة باطلة وعلى عدم التقييد يستحق العامل مع جهلهما

الرابعة : الفساد مع علم العامل فقط وحالها حال الثالثة أيضاً لما ذكـر هناك من الدليل .

وبما ذكرناه يظهر وجوه النظر في كلام المصنف والمعلقين الذين اتبعوه على كثرتهم ـ ممن ظفرت بتعليقاتهم ـ فلا حاجة الى تكرار الاشكال عندنقل المتن .

(نعم لو كان الاذن مقيداً بالمضـاربة) بان لم يكن اذن مطلق حتى بـدون المضاربة ، وسيأتى في المسألة الثانية من مسائل الختام مقتضى القاعدة فيما اذا لم تكن قرينة في انه هل الاذن مطلق أو خاص بالمضاربة (توقف ذلك) أى كون الربح للمالك ، او لهما (على اجازته) لانه تصرف في ماله من غير اذن (والا فالمعاملات الواقعة) على ماله (باطلة) لانها فضولية لم تلحقها الاجازة ، ويأتى في المقام مسألة ما اذا لم يأذن المالك ، وأراد العامل جعل المعاملة لنفسه كانت المعاملة فى الذمة ـ بأقسامها المتقدمة في بعض المسائل السابقة ـ أو في العين الخارجية على نحو الجزئى أو الكلي في المعين أو الكسر المشاع .

(وعلى) تقدير (عدم التقييد) للاذن بالمضاربة ، مما تصح المضاربة بمجرد وقوعها (أو) التقييد و (الاجازة) من المالك بعد العقد (يستحق العامل مع جهلهما لاجرة عمله) لانه عمل محترم لم يقصد التبرع به ، ولا دليل من الخارج انه لا يستحق شيئاً فاللازم استحقاقه ، لقاعدة لايتوى[1] وغيرها .

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

لاجرة عمله وهل يضمن عوض ماأنفقه في السفر على نفسه لتبين عدم استحقاقه النفقة أولا لان المالك سلطه على الانفاق مجاناً وجهان أقواهما الاول

هذا ولكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة ان يكون له حقه الطبيعي الملحوظ فيه ان الربح وليد المال والعمل .

(وهل يضمن) العامل (عوض ما أنفقه في السفر على نفسه) حيث قد تقدم في بعض المسائل السابقة ان نفقة السفر على المالك وانما يكون العامل في المقام ضامناً (لتبين عدم استحقاقه النفقة) بعد ان ظهر بطلان المضاربة ، اذ لا مضاربة حتى تكون النفقة على المالك (أولا) يضمن العامل (لان المالك سلطه على الانفاق مجاناً) والمجان لاعوض له (وجهان أقواهما) عند المصنف وجملة من المعلقين (الاول) وذلك لان النفقة لم تكن مجانية على تقدير عدم المضاربة فقاعدة اليد تقتضي الضمان ، فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن(١) الا اذا كان استثناء ، والمفروض عدم الاستثناء في المقام ، لان الرضى لم يكن الا تقديرياً وحيث لم يكن التقدير كان الضمان، اذلا استثناء فهو كما اعطى طعاماً لمن زعمه زيداً بقيد انه زيد حيث يضمن لو أكله اذا لم يكن زيداً ، وان زعم هو عند أكل الطعام انه زيد وذهب جمع من المعلقين كالسيدين ابن العم والجمال و غيرهما الى عدم الضمان ؛ لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده(٢) ، فان

---

(١) الوسائل : ج/ ص الباب ١٠ ، ١١ ، ١٤ كتاب الشهادات ح/
(٢) انظر : الجواهر : ج ٢٢ ص ٣٥٨ .

ولايضمن التلف والنقص، وكذا الحال اذا كان المالك عالماً دون العامل ، فانه يستحق الاجرة، ولايضمن التلف والنقص، وان كانا عالمين

النفقة أما من ضمن العقد بان كانت شرطاً فتشملها القاعدة ، وأماليست من ضمن العقد فلاتكون مورداً للعقد الا ان ملاك القاعدة « وهو الأذن والتسليط على ماله مجاناً » يجرى في النفقة .

هذا ومقتضى القاعدة التفصيل بين ماإذا كان داعي التسليط المضاربة فلاعوض لانه تسليط بالمجان ،مثل ماإذا ضيفه بداعي بيع شيء له مثلا، وبين ماإذا كان من قيود المضاربة فلاتسليط مجـاناً ، بل التسليط مرتبط بصحة العقد ، واذ لاعقد فلاتسليط مجاناً ، فيشملها دليل اليد فلاتجرى قاعدة مالايضمن ولاملاكها .

(ولايضمن التلف والنقص،)لاصالة عدم الضمان بعد كونه أميناً ، والامين لايضمن الابالتعدى والتفريط، ومنه يعلم وجه عدم ضمان الخسارة .

(وكذا الحال اذا كان المالك عالماً دون العامل ، فانه يستحق الاجرة،) بل النسبة العادلة ـ كما تقدم ـ (ولايضمن التلف والنقص،) وقدالمعنـا سابقاً الى صورة تبدل العلم الى الجهل أوالعكس في الاثناء ، فلكل حكمـه، فان الحكم يتبع الموضوع .

(وان كانا عالمين) ببطلان المضـاربة فالنفقة على المالك ، لانه مع علمه بالبطلان اذن له في صرفها كمن يعلم انها ليست زوجته ومع ذلك يعطيها المال بعنوان انها زوجته مثلا، والتلف والنقص على المالك، لانه سلطه على ماله فهو

أوكان العامل عالماً دون المالك فلااجرة له لاقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة ،

أمين ليس عليه ضمان والربح بينهما بالنسبة لما تقدم من انه وليد المال والعمل فلكل منهما حصته .

(أوكان العامل عالماً دون المالك) فالضمان للنفقة، لانه يعلم ان المالك لم يبذل له اياها كمن علم انه ليس بزيد، وقد اعطاه المالك المال باعتبار انه زيد كما يضمن التلف والنقص والخسارة ، لانه ليس بأمين بعد ان علم انه لم يستأمنه المالك .

وعليه (فلااجرة له) أيضاً (لاقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة) وعدم تفويض المالك العمل أياه ، لكن جملة من المعلقين كما في المستمسك ذكروا ان العلم بعدم صحة المعاملة شرعاً لايقتضي الاقدام على التبرع الموجب لعدم الاستحقاق ـ انتهى .

ولكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة النسبة، لان الربح وليدهما، سواء علما بالبطلان أو جهلا، او علم احدهما، وكذلك حال الغاصب اذا خلط ماله بمال زيد مما أوجب زيادة قيمتهما، فان الزيادة حيث كانت تابعة للمالين كانت لهما بالنسبة، وأى فرق بين ربح المال وربح العمل، فان العرف يرى اشتراكه بينهما، فيشمله دليل لايتوى[1]، ولاتأكلوا اموالكم[2] وما اشبه ، مما يقرر الحكم على الموضوع

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .
(٢) سورة البقرة الآية/١٨٨ .

وربما يحتمل فی صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة وفيه أن المفروض عدم قصدها، كما أنه ربما يحتمل استحقاقه اجرة المثل اذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد، وله وجه

العرفى الذي لم يردعه الشارع .

(وربمايحتمل في صورة علمهما انهيستحق حصته من الربح من باب الجعالة) فقد جعل المالك للعامل كذا من الربح ، وحيث عمل العامل وربح استحق ماجعل له .

(وفيه أن المفروض عدم قصدها،) فان عنوان الجعالة غير عنوان المضاربة فالاول ايقاع كالاذن والثاني عقد كالمزارعة والمساقات والاجارة،ولما كانا نوعين فلايصح احدهما الا بقصده ، فماصبا عليه الكلام يقع والجعالة لميصب عليها الكلام والامور المحتاجة الى الاذن حالها حال العقود تتبع القصود .

ومن ذلك تعرف وجه النظر في كلام بعض المعلقين حيث قال : انالمضاربة مركبة من الجعالة وغيرها ، وحيث انتفت المضاربة لمينتفت غيرها التي هي الجعالة ، وبذلك فيستحق النسبة ، ولذا لميعلق على المتن السادة ابن العم البروجردي والجمال وغيرهم ، بل أيده المستمسك بما ذكرناه من اختلاف العنوانين .

(كما انه ربما يحتمل استحقاقه اجرة المثل اذااعتقد) العامل (أنه يستحقها مع الفساد ، و)هذا الاحتمال (له وجه) لانه لميهدرعمله حتى يكون كالاعراض عن ماله ، بل اقدم على انه مستحق شرعاً وعرفاً لاجرة المثل .

وان كان الاقوى خلافه هذا كله اذا حصل ربح ولو قليلا ، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الاجرة ولومع الجهل مشكل لاقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول

(وان كان الاقوى) عند المصنف وكافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم (خلافه) اذ اعتقاد شيء لايجعل منه واقعاً فهو كما اذا زعم الغاصب انه يستحق اجرة المثل بنقله مال المغصوب منه من مكان الى مكان آخر ـ بزعمه انه كالحمال المستحق لاجرة المثل اذا امره المالك بنقل المتاع ـ فهل هذا الزعم يوجب استحقاقه اجرة المثل وأي فرق بين المقام والمثال من جهة محل البحث .

نعم ، انا ذكرنا ان مقتضى القاعدة استحقاق الغاصب بعمله [ولو لم يعتقد] اذا زاد عيناً أو قيمة .

(هذا كله اذا حصل ربح ولو قليلا ،وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الاجرة ولو مع الجهل مشكل) وجه الاجرة انه عمل وعمل المسلم محترم ، فانه لا يتوي حق امرىء مسلم[1] ، فلو صحت المضاربة لم يكن له شيء ، لأنه أقدم على انه لاشيء له مع عدم ربح المضاربة ، أما والحال ان المضاربة فاسدة فلم يدخل على ان لايكون له شيء فلم يهدر هو عمله ، لكن الاقرب وفاقاً لجملة من المعلقين عدم شيء له (لاقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

وعلى هذا ففي صورة حصوله الربح يستحق أقل الامرين من مقدار الربح واجرة المثل لكن الاقوى خلافه ، لان رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة ومراعاة الربح ،

الربح) وما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده[1] ، ولماذا يضمن المالك الاجرة والحال ان الاصل عدمها ؟

(وعلى هذا ففي صورة حصوله) أي (الربح) في حال بطلان المضاربة (يستحق أقل الامرين من مقدار الربح، واجرة المثل) اذ الربح لو كان أقل فقد اهدر هو باقدامه على رضاه بنسبة الربح التفاوت بين الربح والاجرة ولو كانت الاجرة أقل كان بطلان المضاربة سبباً لعدم استحقاقه النسبة فلاتبقى له الا الاجرة .

هذا ولكن قد تقدم ان مقتضى القاعدة النسبة العادلة ، لان الربح ناتج المال والعمل ، وحيث بطلت المضاربة كان المرجع القاعدة.

قال المصنف : (لكن الاقوى خلافه ،) أي خلاف استحقاقه أقل الامرين بمعنى انه يستحق قدر الاجرة في هذه الصورة (لان رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة) فاذا انتفت المضاربة ـ لفرض بطلانها ـ كان الاصل عدم استحقاقه القدر المقرر وحيث ان عمله محترم لابد وان يعطي اجرة المثل لا أقل الامرين ، ولايخفى تشويش العبارة ، وكأنه لذا فسر المستمسك قوله : لكن الاقوى خلافه : يعنى فلايستحق العامل أيضاً في هذه الصورة ـ انتهى . ولايخلو تفسيره من نظر.

---

(١) انظر : الجواهر : ج ٢٢ ص ٣٥٨ .

الاحتياط فى هذا وبعض الصور المتقدمة اولى.

(و) كيف كان فـ(مراعاة الاحتياط في هذا) الفرع الأخير (وبعض الصور المتقدمة) باعطاء العامل شيئاً فيما دار الامر بين استحقاقه ،وعدم استحقاقه واعطائه أكثر الامرين فيما دار حقه بين الاقل والاكثر (أولى) فان الاحتياط سبيل النجاة.

ولو تعاسرا فالصلح خير ولو مكن للقرعـة لانه حق مالى ، و قد ذكرنا غير مرة انه مجرى قاعدة العدل والله العالم .

مسألة ــ ٤٩ ــ اذا ادعى على أحد أنــه اعطاه كذا مقــداراً مضاربة وأنكر ولم يكن للمدعى بينة فالقول قول المنكر مع اليمين.

(مسألة ـ ٤٩ ـ اذا ادعى) المالك (على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة وأنكر) ذلك الاحد أصل اعطائه ، أو المقدار الذى يدعيه ، كما لو قال المالك : اعطيته مأة ، وقال العامل : بل خمسين .

(ولم يكن للمدعى بينة فالقول قول المنكر مع اليمين) لاصالة عدم أخذه أصل المال ، أو الزائد على ما يعترف به ، ولو فرض عدم جريان الاصل في الموضوع لمعارضته أو نحوها كان الاصل الحكمي يقتضي عدم وجوب شيء على العامل من ارجاع المال أو ضمانه الذي يكون غالباً الغرض المقصود من الدعوى .

قال في المستمسك : فلو فرض ان المالك يعترف بارجاع المال اليه على تقدير صدقه في الدعوى ، أو يعترف بتلفه من غير ضمان لم يكن أثر لدعواه فلا تسمع منه ـ انتهى .

ولو انعكس الامر بأن ادعى العامل اعطائه أو الازيد ، وانكر المالك أصل الاعطاء أو المزيد ـ اذ ربما يكون ذلك بسبب تدين المالك ونسيانه ، أو لان الجائر مثلا يصادر مال من كان له مأة ، فيدعى العامل ان المأة التي عنده للمالك ويدعى المالك ان له خمسينه فقط ، الى غير ذلك من الامثلة ـ كان الاصل مع المالك والعامل ان علم صدق نفسه لزم عليه ايصال المال الى المالك باية صورة لفرض ان المالك انكر خوفاً أو نسياناً أو ما أشبه ، لانه اعرض حتى يكون

....

للعامل أخذه لنفسه ، و اذا لم يمكن الايصال الى المالك اعطاه الى الحـاكم الذي هو ولي الممتنع ولو كان بين المالك والعامل تنازع ، كما لو ادعـى احدهما انه اعطاه درهماً والآخر ديناراً ، وكان ثمر لهذا النزاع كان من بـاب التداعى ، لان كلامنهما ينكر ما يدعيه الآخر .

مسألة ــ ٥٠ ــ اذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل لاصالة عدم اعطائه أزيد ممايقوله وأصالة براءة ذمته اذا كان تالفاً بالازيد هذا

(مسألة ــ ٥٠ ــ اذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل) والغالب ان يكون المدعى المالك ، وان كان يمكن ان يكون العامل كما تقدم تصويره في المسألة السابقة .

(قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة) للمالك لقاعدة البينة على المدعى واليمين على من انكر (من غير فرق) بين كون المالك يدعى الزيادة من الجنس أو من غير الجنس ، فقد يقول : اعطيته ألف دينار ، وينكر العامل الاخمسأة ، وقد يقول : اعطيته ألف دينار ومأة درهم ، وينكر العامل الدراهم ، فان قاعدة المدعى والمنكر يشمل الصورتين .

ولافرق (بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل) للتالف لانه لو لم يكن ضامناً فلا أثر للدعوى حتى تسمع (لاصالة عدم اعطائه أزيد مما يقوله) العامل (وأصالة براءة ذمته) أى ذمة العامل (اذا كان) المال (تالفاً بالازيد) [الباء] متعلق [بذمته] وعليه فـ [الباء] بمعنى [من] .

[قال ابن المالك : بالباء استعن وعد عوض الصق] .

[ومثل مع ومن وعن بها انطق].

(هذا) الذى ذكرناه من تقديم قول العامل بيمينه اذا لم تكن بينة، لا فرق

اذا لم يرجع نزاعهما الى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح كما اذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذى بيده هو مال المضاربة اذ حينئذ النزاع فى قلة رأس المال وكثرته يرجع الى النزع فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود ، اذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر ، فيكون نصيب العامل أزيد وعلى تقدير كثرته بالعكس

فيه بين ان يرجع نزاعهما الى النزاع في مقدار نصيب العامل أم لا ؟ اذ قد عرفت في بعض المسائل السابقة ان العبرة في احكام المنازعات بمصب النزاع لا بما يؤل اليه ، ولذا يختلف حكم النزاع بتغيير المصب ، وان كان أولهما الى أمر واحد ، وهذا هو المشهور ، كما يظهر من كلماتهم في [كتاب القضاء] ، خلافاً لما نقلناه عن المستمسك ، حيث يظهر منه ان العبرة بما يؤل اليه النزاع

وعليه فقول المصنف مشكل قال (اذا لم يرجع نزاعهما الى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح ، كما اذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذى بيده هو مال المضاربة) والمال مأة وعشرة مثلا ، فالمالك يقول: كان رأس المال مأة ، فنصيب العامل خمسة ـ نصف الربح ـ والعامل يقول : بل كان رأس المال تسعين فنصيبى عشرة من عشرين الربح .

(اذ حينئذ النزاع في قلة رأس المال و كثرته يرجع الى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود) هل هو خمسة او عشرة ـ في المثال ـ (اذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر ، فيكون نصيب العامل أزيد ، وعلى تقدير كثرته بالعكس) يكون نصيب العامل أقل .

ومقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك الا بمقدار ماأقر به للعامل

(ومقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك الا بمقدار ماأقر به للعامل)
وفيه اولا : ما تقدم من ان الاعتبار بالمصب لابالمال ، ولذا قال ابن العم : بل وكذا اذا رجع اليه اذا كان مصب الدعوى النزاع في مقدار رأس المال كما هو المفروض .

وثانياً : العامل ذواليد وبعض المال له، فالمالك مدعى للزيادة وهوبحاجة الى البينة ، لان الربح يدخل في كيس العامل ابتداءاً،لاانه يرجع الى المالك ثم يعطيه للعامل ، أماعلى مبنانا من ان الربح وليد المال والعمل فواضح .

واما على مبناهم من انه وليد المال فلان القرار يجعله لكل منهما بالنسبة من اول الامر .

ومنه يظهر ، النظر في قول المستمسك حيث قال : وان كان مقتضى اليد كون جميعه للعامل الا ما أقر به للمالك الا ان ذا اليد لما أقر بأن أصله للمالك احتاج في اثبات دعوى الاستحقاق الى بينة ، فمع عدمها يقدم قول المالك لسقوط يد العامل عن الحجية بهذا الاقرار ، الى آخر كلامه .

وعلى ما ذكرناه يختلف حكم النزاع فيما اذا قال المالك : مالي كان مأة وقال العامل : بل تسعين ، حيث الاصل مع العامل ، وفيما اذا قال المالك : نصيب العامل خمسة ، وقال العامل : بل عشرة ، فان الاصل مع المالك .

أما اذا قال المالك : مأة فله خمسة،وقال العامل:تسعون فلي عشرةفالظاهر انه مورد التحالف .

وعلى هذا أيضاً لافرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل اذ بعد الحكم بكونه للمالك الاكذا مقدار منه فاذا تلف مع ضمان لابد أن يغرم المقدار الذى للمالك .

ولو قال المالك : رأس المال تسعين فالك عشرة ، وقال العامل : بل مـأة فلي خمسة ، انعكس الامر في الصور الثلاث .

واذا لم يقبل المالك الزائدكان الحاكم هو الاخذله ـ كما تقدم ـ .

ومما تقدم يعلم ، حال ما لو تنازعا في ان المال هل كان مأة فلم يربح ولم يخسر فلا شيء للعامل ، أو كان تسعين فربح عشرة فللعامل خمسة، وكذاعكسه اى ادعى العامل انه كان مأة وقال المالك : بل كان تسعين .

(و) مما تقدم يظهر وجه النظر في قوله : و (على هذا أيضاً لافرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل) وجه النظر عدم ضمان الازيد الذى ينكره العامل وتعليله بـ(اذ بعد الحكم بكونه للمالك الا كذا مقدار منه فاذاتلف مع ضمانه لابد أن يغرم المقدار الذى للمالك) غير تام ، اذ يختلف مصب النزاع فاذا قال المالك : اعطيته مأة وربح عشرة فـأطلبه مأة وخمسة ، وقال العامل : بل يطلبنى مأة فقط كان الاصل معه ولا يكلف شرح أسباب النزاع ، كماذكرناه في كتاب : [القضاء] و [الشهادات] .

ثم انه حيث كان المرجع في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى ـ لاالغرض المقصود من الدعوى ـ كماعرفت، كانت هذه المسألة كالمسألة السابقة في وحدة حكمهما .

نعم اذاكان التشخيص حسب الغرض المقصود كان بين المسألتين فرق.

ولو ادعى المالك ان العامل صرف نقده بالاكثر فقال: بل بالاقل - مع توافقهما في قدر رأس المال - كان الاصل مع العامل، ولو قال المالك: انه صرفه في السوق السوداء، حيث صادره الحاكم، وقال العامل: بل فى السوق البيضاء ومصادرة الحاكم له اعتباطية، كان عليه اليمين، لانه امين ، كما يأتى في المسألة الاتية.

مسألة ـ ٥١ ـ لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط فى الحفظ فتلف أو شرط عليه ان لا يشترى الجنس الفـلانى ، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك فالقول قول العامل فى عدم الخيانة و التفريط وعـدم شرط المالك عليه الشرط الكذائى

(مسألة ـ ٥١ ـ لو ادعى المالك على العامل انه خان او فرط فى الحفظ فتلف) كلا او بعضاً (او) ادعى انه (شرط عليه ان لا يشترى الجنس الفلاني، او لا يبيع من زيد او نحو ذلك) من الشرائط الزمانية والمكانية وطرف المعاملة والجنس وما اشبه .

(فالقول قول العامل فى عدم الخيانة والتفريط ،) وذلك لانه أمين وليس على اليمين الا اليمين ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة التاسعة والثلاثين.

ولو اختلفا فى كيفية التفريط فقال المالك انه تفريط اتلف المتاع ، و قال العامل: ان هلاك المتاع لم يكن بذلك التفريط ، بل حدث بعد ذلك كان الاصل مع العامل ايضاً ـ حيث قد تقدم في بعض المسائل السابقة ان الأمين اذا فرط ثم رجع عن التفريط رجعت امانته باحكامها ـ .

(وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي) لاصالة عدم الاشتراط ، كما ان العامل اذا ادعى شرطاً على المالك وانكره المالك كان الاصل عدم شرطه عليه .

والمفروض أن مع عـدم الشرط يكون مختاراً فى الشراء وفى البيع من اى شخص أراد نعم لوفعل العامل مالايجوز له الاباذن من المالك ، كمالوسافر أوباع بالنسيئة وادعى الاذن من المالك فالقول قول المالك فى عدم الاذن

(والمفروض أن مع عـدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفـي البيع من اي شخص أراد،) وبسائر الخصوصيات التي يشملها اطلاق عقد المضاربة لكن لايخفى ان ادعاء المالك انما يسمع اذاكان للنزاع ثمر ، اما اذالم يكن ثمر فلايشمله دليل الترافع كما ذكرفي[كتاب القضاء] .

ولوقال المالك : شرطت عليه ان لايشتري الحنطة ، وقال العامل : بل كان الشرط عدم اشتراء الشعير ، كان من التحالف ، لانه تداع لامدع و منكر ، و كذا في أمثال ذلك مما الجامع مورداتفاقهما ، وانما الاختلاف في الخصوصيات المتقابلة .

(نعم لوفعل العامل مالايجوزله الا باذن من المالك ، كما لو سافر أوباع بالنسيئةوادعى الاذن من المالك) وقلنا ان الاطلاق لايشملهما فيحتاج الأمر الى اذن خاص ، كما تقدم من المصنف، وان استظهرنا شمول الاطلاق لهما ، الا القدر غير المتعارف منهما .

(فالقول قول المالك في عدم الاذن ،)لاصالةعدمه ، ولوقال العامل اذنلى في السفر مطلقاً ، وقال : بل في سفرخاص ، أوقال العامل : فى النسيئة مطلقاً، وقال : بل لشخص خاص مثلا ، كان القول للمالك في عدم الاطلاق ، لاصالة

والحاصل : ان العامل لوادعى الاذن فيمالايجوز الابالاذن قدم فيه قول المالك المنكرولوادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع قدم قول العامل المنكر له

عدم الزيادة، فلا يقال : ان كلا من الاطلاق والتقييد خلاف الاصل ، فهو من موردالتحالف .

(والحاصل : ان العامل لوادعى الاذن فيما لايجوز الابالاذن قدم فيه قول المالك المنكر ،) لان الاصل عدم الاذن .

(ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع) لان الاطلاق يشمله الابمنع خاص (قدم قول العامل المنكر له) لان الاصل عدم المنع ، ولوقال العامل : انه كان على نحو الشرط فالمضاربةصحيحة ولي حصتي ـ على ماتقدم من ان مخالفة الشرط لاتوجب منع حصة العامل ـ وقال المالك : بل كانعلى نحومصب عقد المضاربة فالمخالفة توجب عدم العمل بالعقد ، فالظاهر انـه من مورد التداعي ، لاان الاصل بقاء المضاربة ، لان كلاينكر مايدعيه الاخر .

مسألة ـ ٥٢ ـ لو ادعى العامل التلف وانكر المالك قدم قول العامل لانه أمين سواء كان بأمر ظاهر أو خفى

(مسألة ـ٥٢ـ لو ادعى العامل التلف وانكر المالك) سواء كان ادعائه تلف البعض أو الكل (قدم قول العامل،) بيمينه لانه امين، وليس على الامين الا اليمين كما تقدم في المسألة الخامسة والثلاثين من وجود الادلة العامة والخاصة بالمضاربة في المقام .

ويؤيده صحيح محمد بن مسلم ، عن ابي جعفر عليه السلام ، عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق ، أعلى صاحبه ضمان ؟ قال : ليس على صاحبه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً .[1]

فانه يدل باللزوم العرفي على عدم البينة عليه بل لو لا دليل اليمين كان دالا على عدم اليمين ايضاً ، فقول المستمسك انما تدل الصحيحة على عدم ضمان الامين لا على عدم تكليفه بالبينة ،فهي حكم في مقام الثبوت لا في مقام الاثبات انتهى محل نظر .

وكيف كان فالعامل (لانه أمين ،) يقبل قوله باليمين (سواء كان) ادعائه التلف (بأمر ظاهر) كالحرق ، حيث يمكن التحقيق (أو خفي ،) كالسرقة ، فيما لا يمكن التحقيق عن صدقه ، واذا علم المالك كذب العامل ، فهل له ان يطور النزاع بحيث يستنقذ حقه منه ،مثلا : أعطاه مأة وربح عشرين منها للمالك مأة وعشرة

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من أبواب الوديعة ح/٥ .

وكذا لو ادعى الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات فى النسيئة مع فرض كونه مأذوناً فى البيع بالدين.

فاذا قال العامل : انه قد سرق منه مـأة وعشرة قـال المالك : ان رأس المال كان مأتين وعشرين ، فاللازم اعطاء الباقى [المأة والعشرة] ،احتمالان ، من انه انقاذ حق ولبعض النصوص التي ذكرناها في [كتاب الشهادات] .

ومن انه كذب ولايجوز ، والاقرب الاول ، فراجع تفصيل المسألة هناك.

ومنه يعلم ، حال ما اذا صدق العامل لم يقبل به المالك ، حيث يضطر الى الكذب لتخليص نفسه .

(وكذا لو ادعى) العامل (الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً) اطلاقاً أو اذناً خاصاً (في البيع بالدين) كل ذلك بلا اشكال ولا خلاف ، كما يظهر من كلماتهم ، بل صرح به في الجواهر في بعض فروع المسألة .

ومنه يعلم ، حال ما اذا سلم المالك بعض كلامه دون بعض ، كما اذا ادعى العامل خسارة مأة فسلم المالك خسارة أربعين ، فان العامل مقبول القول بالنسبة الى الستين الاخر ، واليمين المطلوبة منه على خسارة أو تلف الستين ، لا على الاربعين الذي سلمه المالك ـ كما هو واضح ـ ولو قال المالك : تلفت الدراهم ، وقال العامل : بل الدنانير كان قول العامل مقبولا والمالك يحق له أخذ مقدار الدنانير من الدراهم أما الزائد المختلف فيه فيأخذه الحاكم على ما سبق فى بعض المسائل

ولافرق فـــى سماع قوله بين ان يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده نعم لوادعى بعد الفسخ التلف بعده ففى سماع قوله لبقاء حكم امانته وعدمه لخروجه بعده عـــن كونه أميناً وجهان

المتقدمة (ولافرق في سماع قوله بين ان يكون الدعوى) فى المالك عليه (قبل فسخ) أو اتمام أو انفساخ (المضاربة أو بعده ،) لاطلاق أدلة انه أمين ،كما هو الحال في كل اشباه ذلك كالمزارعة والمساقات والعارية و الوديعة و الاجارة وغيرها .

(نعم لوادعى بعد الفسخ) أوأخويه (التلف بعده ففي سماع قولـه لبقاء حكم امانته ،) فان اطلاق أدلة الامين يشمله ـ والظاهر انه أراد ماذكرناه ، لا الاستصحاب كما فهمه المستمسك ـ.

(وعدمه) أي عدم سماع قوله الا بالبينة ، لانه مدع حينئذ (لخروجه بعده عن كونه أميناً) فاللازم اجراء مقتضى الدعوى في حقه، حيث ان المدعي يحتاج الى البينة .

(وجهان) أقواهما سماع قولـه ،كما اختاره ابـن العم وغيره ، وقال فـي المستمسك: اذاتحقق ذلك [اي حكم امانته] فلامجال للوجه الثاني ـ انتهى .

نعم ، يجب ان لايخرج من الامانـة الى الخيانة بأن كان مقصراً في الرد مع طلب المالك ، اذ حينئذ ليس ماعنده أمانة شرعية ولامالكية، فالضمان من باب القاعدة بعد سقوط دليل الامانة بالنسبة اليه .

ولـو أقر بحصول الربح ثم بعـد ذلك ادعى التلف أو الخسارة وقال :انى اشتبهت في حصوله لم يسمع منه لانه رجوع عن اقراره الاول

(ولو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف) للمال قبل حصول الربح (أوالخسارة) لاصل المال (وقال : انى اشتبهت في حصوله) اي حصول الربح (لم يسمع منه)كما أفتى به المحقق والعلامة وغيرهما (لانه رجوع عن اقراره الاول) وعلله في الجواهر بسبق اقراره الماضى عليه بقاعدة اقرار العقلاء على أنفسهم جائز،(١) وقاعدة عدم سماع الانكار بعدالاقرار السالمين عن معارضة قاعدة سماع الامين في كل مايدعيه بعد عدم ثبوت هذا العموم ، وانما الثابت المسلم مالم يسبق باقرار.

وقد أقر المصنف على ماذكره غير واحد من المعلقيـن كالسيدين ابن العم والبروجردى ، لكن قال السيد الجمال : الاقوى سماع دعوى الغلط أوالاشتباه أو نحوهما في الاقرار ، ولايكون رجوعاً عن اقراره السابق ، بل يكون دعوى على خلاف ظاهره .

أقول : وماذكره هومقتضى القاعـدة ، لاطلاق دليل ان الامين ليس عليه الا اليمين ، وكثيراً مايكون غالطاً او مشتبهاً ، ودليل الامين ورد على قاعدتي الجواهر، مضافاً الى عدم وضوح انهما قاعدتان، بل قاعدة واحدة .

---

(١) الوسائل : ج/١٦ ص ٥٦٨ الباب ٣ من كتاب الاقرار ح/٢ .

....

ومما ذكرنا يعلم وجه النظر في قول المستمسك : من ان قاعدة عدم سماع الانكار بعد الاقرار تختص بما اذا كان الانكار وارداً على ما ورد عليه الاقرار بحيث يكون معارضاً له ، كما اذا قال : لك علي درهم ، ثم قال: ليس لك على درهم .

أما اذا كان الانكار وارداً على امر آخر غير الواقع الذي ورد عليه الاقرار، كما في المقام ، لم يكن وجه للرد، فان قوله : اشتبهت اوغلطت ، اوماقصدت الواقع ، وانما كان اخباري تورية ، أوقصدت الواقع لابقصد بيان الواقع، بل بقصد التخلص من الضرر ، ونحو ذلك مما لايكون القول الثاني وارداً على ماورد عليه الاول، ولامعارضاً له فلايكون من الانكار بعد الاقرار ـ انتهى.

اذلاشك في ورود الانكار على ماورد عليه الاقرار في المقام ـ عرفاً ـ فان لم نقل باطلاق امانة العامل الشامل لقوله الثاني: كان اللازم الذهاب الى ماذهب اليه الجواهر .

ومنه يظهر، أضعفية عدم قبول قوله حتى مع البينة ، كمااستظهره الجواهر من قول الشرائع ، اذ منتهى الأمر سقوط قول العامل بدون البينة، فلماذا يسقط قوله مع البينة بعد وضوح ان البينة حاكمة على الاقرار كما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

فلو شهدت امرأة على نفسها بالزنا أربع مرات ، وقالت: البينة كانت حال ماتدعيه من الزنا عندنا سقط قولها لامن باب درء الحدود بالشبهات ، بل من باب اقدمية البينة على الاقرار، وكذا لوقال: اخذت من زيد ديناراً البارحة فهو

ولكن لو قال: ربحت ، ثم تلف أوحصلت الخسارة قبل منه .

يطلبني وقامت البينة ان زيداً كان البارحة في بلدنا، فلم يأخذمنه، قدمت البينـة على الاقرار الى غيرذلك من الامثلة .

وعليه فالاستدلال لتقديم الاقرار على البينة في المقام بأن الدعوى الثانيـة من قبيل الانكار بعدالاقرار، وهو غير مسموع ، والبينة لما كانت مكذبة باقراره الاول ، فهي ايضاً غيرمسموعة مع انها لاتسمع اذا لم تكن لها دعوى مسموعة ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، كماان رد المستمسك له بانه ليس من الانكار بعدالاقرار بل هو من باب شرح حال الاقرار ـ انتهى . قدعرفت مافيه .

نعم لقد أجاد في قوله اطلاق سمـاع قول الامين يقتضي قبوله فيسقط به الاقرار ودعوى عدم العموم في سماع قول الامين ضعيفة لاطلاق قولهم عليهم السلام ان اتهمته فاستحلفه الشامل له من دون قرينة على صرفه عنه ـ انتهى .

وعليه ، فمقتضى ماذكرناه انه لوقال : انه ربح ولم يرجع عنـه ، وقالت البينة انه يكذب اشتباهاً أوعمداً أوغلطاً سمع قولهم لااقراره ، ويؤيد ماذكرناه رفع الامام أمير المؤمنين عليه السلام القصاص عمن أقر على نفسه بالقتل، ثم ظهر قاتل آخر ورجع المقر الاول وادعى انه اضطر الى الاقرار ، كما ذكرناه في[كتاب الشهادات] فراجع .

(ولكن لوقال : ربحت، ثم تلف أوحصلت الخسارة) أوحصلت الخسارة اولا بماسدها الربح أوماشبه ذلك(قبل منه) لاطلاق دليل انه أمين ، والامين ليس عليه الااليمين .

. . . .

ثم ان الاعتبار باستيمان المالك اياه لا كونه اميناً عند الناس، لانه المستفاد من اطلاق الادلة ، كما تقدم بعضها في المسألة الخامسة والثلاثين .

ولو لم يستأمنه المالك بأن يراه خائناً ، لكن جعل عليه رقيباً كان القول قول الرقيب لا العامل، فاذا ادعى العامل التلف ونحوه ـ مما هو خلاف الاصل ـ احتاج الى الشاهد، لعدم شمول دليل الامين له كما هو واضح .

ولو ادعى العامل الامين التلف أو الخسارة ، مما هو خلاف الاصل، لكنه ابى عن الحلف لم يشمله دليل الامين ، بل اللازم أخذه به بدون الرد، أو مع الرد على المالك ـ على الاختلاف ـ هناك .

مسألة ـ ٥٣ ـ اذا اختلفا فى مقدار حصة العامل وانه نصف الربح مثلا أو ثلثه قدم قول المالك

(مسألة ـ ٥٣ـ اذا اختلفا في مقدار حصة العامل وانه نصف الربح مثلا أو ثلثه) قال بالأول المالك ،وقال بالثاني العامل ،أو بالعكس لان كلامنهما زعم انه الحقيقة ولم يردان يأكل حق الاخر ،أولان في كون حصة المالك النصف الضريبة التصاعدية الزائدة عليه، فأراد التخلص منها ، وكذلك بالنسبة الى العامل ، فتكون دعواه الزيادة لغيره فراراً من ضرر أكثر، فالاصل مع مدعي نفي الزيادة .

لايقال : لاأصل مع المالك في نفي الزيادة ، لان الاصل كون كل الربح له الا ماخرج، فالاصل مع العامل .

لانه يقال: قد تقدم الاشكال في كون الربح تابع للمال، حيث قلنا انه تابع للمال والعمل بالنسبة ، نعم يصح ذلك على قول المشهور الذين يرون الربح تابعاً للمال .

ولو ادعى المالك الزيادة لنفسه (قدم قول المالك) كما هو المشهور، بل عن التذكرة نسبته الى علمائنــا. ولايخفى ان هذا انما يتم على مبناهم في ان الربح تابع للمال .

اما على ما ذكرناه من انه تابع للمال والعمل بالنسبة ،فالاصل يكون تارة مع المالك اذا ادعى أكثر من حقه وتارة مع العامل اذا ادعى أكثر من حقه مثلا كان مال المضاربة الفاً فربح خمسمأة والنسبة العادلة ان يكون للعامل ثلاثة اخماسه وللمالك خمساه فادعى المالك نصفه، أو ادعى العامل سبعة اعشاره ، فان الاصل عدم الخمسين للمالك في الاول وللعامل في الثاني .

. . . .

وقد ذكر جامع المقاصد كلاماً فيه مواضع المنظر ، قال : ان كلامهم بتقديم قول المالك واضح ان كان الاختلاف قبل حصول الربح ، لان المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد ، واما بعد حصوله ،فان كلامنهما مدع ومدعى عليه ، فان المالك يدعى استحقاق العمل الصادر فالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيجيء القول بالتحالف ان كانت اجرة المثل أزيد مما يدعيه المالك ، و لأعلم لاصحابنا قولا بالتحالف ، وانما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي ـ انتهى .

اذ يرد عليه أولا : انه لافرق بين حصول الربح وعدم حصوله وقوله : لان المالك الخ لاربط له بالنزاع ، اذ التمكن من الفسخ لأثر له في تبديل مصب النزاع.

وثانياً : قوله : متمكن من منع الربح كله لم يفهم وجهه ، اذ كلامه قبل حصول الربح فمنع المالك الربح من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، مع ان اللازم ان يكون كلامه في السالبة بانتفاء المحمول فتأمل .

وثالثاً : ان التحالف انما يكون اذا لم يكن هناك أصل، والحال انه موجود اما على قول المشهور فلان الاصل مع المالك ، وأما على قولنا : فلانه مع من لايدعي الزيادة عن حقه .

أما رد المستمسك له بان كلام جامع المقاصد مبني على ان المعيار في تشخيص المدعى والمنكر مصب الدعوى ، والحال ان المعيار فى تشخيص المدعى والمنكر الغرض المقصود من الدعوى ، فقد عرفت في بعض المسائل

....

السابقة انه خلاف ظاهر الادلة ونص المشهور ، ومقتضى القاعدة .

فلو اختلف الزوجان في انه دوام أو متعة، وكان غرضهما من الدعوى النفقة فهل الحاكم ينظر في الدعوى ، أوفي استحقاقها النفقة وعدمها ، الى غيرذلك من الامثلة ، ولقد أشكل الجواهر على جامع المقاصد بقوله : لاريب في ان كلاً منهما مدع ومنكر اذا كان نزاعهمافي تشخيص ما وقع عليه عقدالمضاربة ضرورة اقتضاء الاصل عدم كل من الشخصين .

نعم بعد تعارض الاصول في ذلك يرجع الى اصل آخر ولاريب في كونه مع المالك ، لان الاصل عدم استحقاق العامل الزائد ـ انتهى .

وهومتين الا في جعله الاصل الاخر مع المالك ، اذ قد عرفت ان الاصل مع من يدعى الحصة المعقولة .

أما اشكال المستمسك عليه بأن الاصل المذكور لايثبت احدى الدعويين ولاينفيهما ، ففيه انه لم يرد صاحب الجواهر الاثبات والنفى ، بل أراد انهما يتعارضان ، ويكون المرجع بعد التساقط شيء آخر .

أماما في كلام جامع المقاصد من مسألة اجرة المثل ففيه انه لاموقع لاجرة المثل بعد اتفاقهما على قرار خاص وقد يكون كلاهما ينكرانها ، نعم ان بدل الاجرة بـ [الحصة] كما ذكرناه كان له وجه .

مسألة ـ ٥٤ ـ اذا ادعى المالك انى ضاربتك على كذا مقدار واعطيتك فأنكر أصل المضاربة أوأنكر تسليم المال اليه فأقام المالك بينة على ذلك فادعى العامل تلفه لم يسمع منه وأخذ باقراره المستفاد من انكاره الاصل

(مسألة ـ ٥٤ ـ اذا ادعى المالك اني ضاربتك على كذا مقدار واعطيتك) كل المال ، أو بعض المال ، وانما عندي لك بقية المال فقط (فأنكر) العامل (أصل المضاربة) وتبعاً لذلك انكر تسليم كل المال أو بعضه (أو أنكر تسليم المال) كله أو بعضه (اليه) بعد ان سلم انه ضاربه (فأقام المالك بينة على ذلك) الاصل ، أوالتسليم للكل اوالبعض(فادعى العامل تلفه) وقال : اني انماانكرت الاصل لاني لوسلمت به كانت البينة على ، ولذا انكرت ـ حيث لابينة لى ، و قد تلف المال في يدي ـ (لم يسمع منه) دعواه التلف (وأخذ باقراره المستفاد من انكاره الاصل) يعنى انكار المضاربة ، أو انكار التسليم ، فان انكاره يساوق اقراره بعدم التلف عنده [فان ما لم يأخذه لم يتلف عنده] فلايسمع دعواه ، و الظاهر انه اذا أقام البينة على التلف سمع منه ، لان البينة مقدمة على اقراره ـ لما تقدم في بعض المباحث السابقة من تقديم البينة على الاقرار ـ فقول بعضهم بعدم قبول البينة بعد اقراره غير ظاهر الوجه .

والكلام في المسألة فى امور :

الاول : انه حيث أنكر أصل المضاربة ، أو التسليم لم يقبل قوله بعد ذلك بأنه تلف ، وذلك لان دليل ليس على الامين الا اليمين منصرف عن مثل هذا الامين ان لم نقل انه بانكاره خرج عن موضوع الامين وصار خائناً وهل هذا

....

يجعله خائناًمطلقاً ؟ أولا مطلقاً أويفصل بين قصده الخيانة وقصده رفع التبعة عن نفسه ،حيث ظن جواز ذلك احتمالات :

الاول : من جهة انه يعد خائناً عرفاً .

الثاني : من جهة ان الخيانة عبارة عن الخيانة في المال لاالكذب في القول فمن يقول : انه لم يستأجر الدار من زيد ، بل أودعها اياه مثلا لايقال له عرفاً انه خائن .

والثالث : من جهةانه اذا لم يقصدالخيانة ، فالانكارالذى ظنه جائزاً شرعاً لايدخله في الخائن عرفاً، فقدزعم انهلايقبل قوله: اذاقال انهتلف، بخلاف ماذا انكرحيث يقبل قوله بعدعدم البينة لمدعيه، وهذا هوالاقرب.

الامر الثاني: انه اذا أقام البينة على التلف قبل لانهمدع أقام البينة، فيشمله أدلةالبينة، ولاوجه لعدمقبولها بعدانكاره ،كما هو كذلك فيأمثال المقام، مثلا: اذا أنكر المستأجرانه تسلم العين ، ولماظهر كذبه أقام البينة على انه ردها الى المؤجر، أوأنكر الزواج، ولما ظهر كذبه أقامالبينة انه طلقها، الى غيرذلك من الامثلة، وعلى القائل بعدم شمول دليل البينة لمثل المقام انيتمسك بالانصراف وهو غيرظاهر، ولوشك في الانصراف كان الاصل الاطلاق.

الامرالثالث: انه اذاظهرتخيانته، حيث يسقطقوله المجرد عنالبينة يلزم عليه اعطاء العين، اوالبدل مثلا، أوقيمة، لقاعدة اليد وغيرها.

وبذلك ظهر وجه النظرفى قول المستمسك بعدم سماع قوله الذي كذبه ،

نعم لو أجاب المالك باني لست مشغول الذمة لك بشيء ثم بعد الاثبات ادعى التلف قبل منه لعدم المنافاة بين الانكار من الاول وبين دعوى التلف .

وعدم سماع بينته التي كذبها وانه خائن ، كما ظهر الاشكال في جملة من الكلمات والحواشي ، كقول القواعد: لو انكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله، الى غير ذلك . ولقد أجاد السيدان البروجردي والجمال ، حيث قالوا بقبول قوله : اذا اقام البينة .

وقد تحصل مما ذكرناه انه قد يقبل قوله بيمينه مثل حاله قبل انكاره، وقد يقبل قوله بالبينة لظهور خيانته فلا يقبل قوله كالسابق، وأنما يشمله اطلاق دليل البينة، واذا لم يقبل قوله فعليه الضمان، لدليل اليد والضمان للعين الا اذا قامت البينة على التلف المضمون فيرجع الى البدل

ولو ضمن ولم يكن عنده العين حتى يسلمها سجن لاعطاء العين حتى حصول اليأس فيقبل منه البدل .

(نعم لو أجاب) العامل (المالك) [عند ادعائه المضاربة أو التسليم] (باني لست مشغول الذمة لك بشيء) فلا يجبر على ان يجيب بانه ضارب ، أو سلم أولا لما قرر في [كتاب القضاء والشهادات] من عدم الاجبار .

(ثم بعد الاثبات) بالبينة او غيرها انه سلمه المال (ادعى التلف قبل منه) لانه لم يظهر انه يكذب في دعواه عدم الاشتغال (لعدم المنافاة بين الانكار من الاول وبين دعوى التلف) ثانياً، وبذلك ظهر احكام الصور الاربع: لان العامل، إما يقول: لم اتسلم المال، وقد يقول: لست مشغول الذمة، وعلى كل حال ، فقد تقوم البينة

. . . .

انه تسلم المال، وقد تقوم انه مشغول الذمة. وبما ذكرناه يظهر وجه النظر في ايراد المستمسك على الماتن فراجع كلامه .

ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم وهم فوق العشرة من الاعاظم .

مسألة ــ ٥٥ ــ اذا اختلفا فى صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانهاقدم قول مدعى الصحة

(مسألة ـ ٥٥ ـ اذا اختلفا في صحة المضاربةالواقعة بينهما وبطلانها) أو بطلان بعضها (قدم قول مدعي الصحة) سواءكان المدعي المالك ، أو العامل، لاصالةالصحة المستفادة من النص والمشهورة في الفتوى، وقدذكر دليله الجواهر والشيخ في المكاسب وغيرهما فراجع.

ثم الظاهرعدم الفرق في الاختلاف في الصحة والفساد من جهة عدم البلوغ، أوعدم العقل، أوالحجر، أوفقد سائر الشروط، لاطلاق دليل الصحة الوارد على اصالةعدم الانعقاد الذي هو الاصل الاولى في المعاملات.

ومنه يعلم، جريان أصل الصحة في البعض اذاثبت بطلان البعض ،كما اذا كان أحد المالكين أوالعاملين أو النقدين، فيماكان المالك لعامل واحد، أوعاملان لمالك واحد، أونقدان متعلق المضاربة، غيرواجد الشرائط، فانه لايؤثر في بطلان كل المضاربة ، بل قد يكون الخيار من باب تبعض الصفقة، الى غيرذلك من الاحكام.

نعم، قدتقدم في بعض المسائل السابقة انه اذاكان عقدان في صيغة عقد [مثل نكاح الرجل زوجتين في صيغة واحدة] لم يؤثر بطلان احدهما في خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى الاخر.

مسألة ـ ٥٦ ـ اذا ادعى أحدهما الفسخ فى الاثناء وأنكر الاخر قدم قول المنكر وكل من يقدم قوله فى المسائل المذكورة لابدله من اليمين .

(مسألة ـ ٥٦ ـ اذا ادعى أحدهما الفسخ في الاثناء وأنكر الاخر قدم قول المنكر) لاصالة عدم الفسخ ، ومثله ماإذا ادعى أحدهما الانفساخ ، ولو ادعى احدهما الفسخ[فلاينفع للزوم المضاربة بشرط ونحوه] والاخر الانفساخ القهري فاتفاقهما على عدم وجود المضاربة الان لاينفع بعد ان كان الفسخ خلاف الشرط والانفساخ خلاف الاصل فتأمل . (وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة) لانه يوافق الاصل (لابدله من اليمين) لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر ، فاذا كان للمدعي البينة فهو ، والاحلف المنكر ، وان لم يحلف ، ففي الحكم عليه اورد اليمين على المدعي قولان، ذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء] فراجع .

مسألة ـ ٥٧ ـ اذا ادعى العامل الرد وأنكره المالك

(مسألة ـ ٥٧ ـ اذاادعى العامل الرد وانكره المالك) فالظاهر ان الاصل مع العامل ، لاطلاق دليل ليس على الامين الااليمين ككون الاصل معه في التلف والخسارةوغيرهما، وقول المستمسك انعموم مادلعلى قبولقول الامينيقتضي المنع عن العمل بالاصلمندفعة بأنه لاعموم، لمادل علىقبول قول الامين يشمل المقام ، مماكان الفعلمشتركاًبينه وبين المالك، ولذاكان المشهورعدم القبول ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذمن اين الفرق بين الفعل المشترك وغير المشترك مع اطلاق الدليل، الااحتمال الانصراف وهو لوكان بدوي ، ومن وجود الاطلاق في المقام يظهر انه لاحاجة الى استدلال جامع المقاصد والمسالك بقبول قول العامل بانه اذالم يقبل قوله يلزم تخليده في السجن، لانه اذاكان صادقاً امتنع اخذ المال منه ، واذاكانكاذباً فظاهر حاله انه لايكذب نفسه فيلزم تخليد حبلسه ـ انتهى .

اذفيهانه لايخلدالسجن، بل يسجن حتى يظهر صدقه، او كذبه، فان كانالاول اطلق ولامحذور فيسجن البريءاحتياطاً كماكان رسول الله صلى الله عليهوآله وسلم يسجن في المشتبهكونه قاتلا : ستةايام، (١) وكذا افتى الفقهاء بالسجن للمشتبه، لانالفقيه وضع لتنظيم امورالبلاد والعباد، وذلك يلازم سجن مثله ، كما ذكرنا تفصيله في [كتاب الحدود والقضاء والشهادات] وان كان ظهر كذبه اخذ من ماله

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨١ من أبواب كيفية الحكم ح ٣ .

قدم قول المالك

واطلق ، وان لم يكن له مال اطلق بضمان فانه ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة[(١)] .

ومنه يعلم ان قول المصنف: (قدم قول المالك) لمطابقة قوله لاصالة عدم الرد فيكون منكراً فان اقام العامل البينة فهو، والاحلف المالك وكان الحكم له، غير ظاهر الوجه اذ الاطلاق لايدع مجالا للاصل ،كما هو كذلك فيما اذا ادعى العاملُ التلف او الخسارة اوماشبه .

ولنا ان نسأل عن المستمسك عن فرقه بين المتن وبين ماقاله اخيراً، حيث قال : نعم، اذا كان المالك قد امره بالرد الى موضع معين عند انتهاء المضاربة فادعى العامل ذلك لم يبعد القبول كغيره من الاعمال المتعلقة به بالنسبة الى المال لاختصاص الفعل به حينئذ ـ انتهى .

وقد عرفت ان الفرق بين الأشتراك والاختصاص غير فارق، نعم كافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم سكتوا على المصنف كالسادة ابن العم والبروجردى والجمال، وكأنهم ذهبوا الى الانصراف المذكور، وهل يقولون بمثل ذلك فيما اذا ادعى المالك بعد اخذه المال انه اخذه ناقصاً اومعيباً ؟ او انه لم يكن ماله بل بدله اوماشبه ذلك .

ويؤيد قبول قول العامل ما ورد من ادعاء الظئـر انه ولدهم وشكهم في كونه ولدهم أو انكارهم لذلك، ولو كان احتاج العامل الى البينة في دعواه الرد لملك كل مالك ان يدعى عليه عدم رده ـ بعـد ان رده عليه ـ فيأخذ منه مرة ثانيـة .

(١) سورة البقرة الآية/ ٢٨٠ .

. . . .

وكذا ملك كل وارث ان يدعي على عمال مورثه ذلك ، ولامجال لسماع قولـه : انه رد على المالك ، ولو مرت على المعاملة أزمنـة طويلة كعشرين سنة ونحوه، ومن البعيد جداً ان يقولوا بذلك هنا وفي اشباهه ، كما اذا ادعى ورثة كل مستأجر على مؤجر نفسه للمورث للعمل ، العين ، كما اذا طلبت الورثة من الخياط والنجار والحداد ونحوهم استرجاع ثياب واخشاب وحدائد مورثيهم والعمدة اطلاق دليل الامين .

مسألة ــ ٥٨ ــ لو ادعى العامل فى جنس اشتراه انه اشتراه لنفسه وادعى المالك انه اشتراه للمضاربة قدم قول العامل وكذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه لانه أعرف بنيته

(مسألة ـ ٥٨ ـ لو ادعى العامل في جنس اشتراه انه اشتراه لنفسه وادعى المالك انه اشتراه للمضاربة قدم قول العامل) بيمينه لانه منكر، فيشمله البينة على المدعى، واليمين على من انكر.

(وكذا لو ادعى) العامل (أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه) أو ادعى احدهما الاشتراك في المشترى والاخر الاختصاص فيه، فان القول قول العامل (لانه أعرف بنيته) فيشمله دليل ذي اليد اطلاقاً أو مناطاً، وهذا الدليل هو منشأ ما اشتهر بينهم من ان ما لايعرف الا من قبله يكون قوله حجة فيه اذا لم يقم الطرف المدعى دليلا على بطلان قوله، وربما يستدل لذلك ايضاً ببناء العقلاء مما لم يردعه الشارع.

(ولانه أمين فيقبل قوله) اذ يشمله اطلاق ليس على الامين الا اليمين، و ربما يستدل لذلك بقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به،[1] لكن الظاهر انها مستفادة من الادلة السابقة فلا تكون دليلا في قبال تلك الادلة، ولو قال العامل: انه اشتراه للمضاربة، ثم قال: بل لنفسه أو بالعكس، وقال: انه اشتبه في كلامه الاول

---

(١) مفتاح الكرامة ج/٩ ص ٢٢٥ كتاب الاقرار.

ولانه أمين فيقبل قوله والظاهر أن الامر كذلك لو علم انه أدى الثمن من مال المضاربة بأن ادعى أنه اشتراه فى الذمة لنفسه ، ثم أدى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصيا فى ذلك.

فان كان في أحد كلاميه ضرر عليه قبل لقاعدة اقرار العقلاء ، والافقى قبول ايهما وجوه .

(والظاهر أن الامر كذلك) في تقديم قول العامل (لو علم انه أدى الثمن من مال المضاربة بأن ادعى انه اشتراه في الذمة لنفسه ، ثم أدى الثمن من مال المضاربة) فانه (ولو كان عاصياً في) التصرف في مـال الغير بدون اذنه الا ان (ذلك) لايوجب سقوط قوله بعد كونه ذا يد واعرف بنيته ، ولـذا قال السيـد البروجردى: لان قبول قوله في نفى اشترائه للمضاربة ليس لاجل امانته فقـط حتى ترتفع بخيانته التى اقربها، بل هو موافق للاصل، مضافاً الى انه اعـرف بنيته .

أقول : بل ربما لايكون عصياناً وخيانة، كما اذا كان يزعم ان العبـرة في الامانة ان يؤدى الانسان مثل النقد اذا صاروقت بذله ، لان الشرط اعطاءعينه فاشترى لنفسه داراً ليسكنها وبذل مال المضاربة لانه يريدالتجارة بمال المضاربة في اشتراء الحبوب ، لانه يراه أكثر ربحاً وبعد لم يحن وقت الحبوب ، فانه ليس بخائن ولاعاص في هذا الدفع من مال المضاربة .

ومنه يعلم، وجه النظر في اشكال ابن العم والحكيم قال ثانيهما لايخلو من اشكال ، فان قاعدة قبول قول من لايعرف الامن قبله لاتخلو من اشكال فى المقام

لمخالفتها لظاهر الفعل ، وكذلك قاعدة سماع قول الامين ، فانه يختص بما اذا لم يكن ظاهر حجة على خلافه كما في المقام ـ انتهى.

وجهه ان ظاهر الفعل لاحجية فيه مع خلاف القول، اذ حجية ظاهر الفعل مستفادة من حمل فعل المسلم على الصحة.

ومن الواضح ان قوله مقدم على فعله ، فاذا قال الجزار : لم يذبحه ببسم الله قدم قوله على فعله ، وكذا اذا قال : افطر لزعمه ان المسافر يفطر من بلده أو انه يفطر وان نوى اقامة عشرة ايام، الى غير ذلك من الامثلة .

أما عدم سماع قول الخائن فيرد عليه أولا : انه اخص لماعرفت من امكان ان لايكون خائناً.

وثانياً : ما عرفت من عدم التلازم بين الخيانةوبين عدم سماع قوله لقاعدة مالايعرف الامن قبله .

ومما تقدم يعرف الكلام في خلاف المسألة التي عنونها الماتن بأن اشترى شيئاً واعطى ثمنه من مال نفسه ثم ادعى انه اشتراه للمضاربة واعطائه الثمن من مال نفسه كان من جهة زعمه انه ثمن المضاربة ، أو لانه أراد استدراكه من مال المضاربة او نحو ذلك ، فلانه أمين يقبل قوله، ولانه مالا يعرف الا من قبله.

مسألة ـ ٥٩ ـ لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض انه اعطاه قرضاً يتحالفان

(مسألة ـ ٥٩ ـ لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض انه اعطاه قرضاً يتحالفان) لان كل واحد منهما مدع ومنكر ـ كما علله بذلك جامع المقاصد ـ قال: فان العامل يدعي خروج المال عن ملك المالك ، والمالك ينكره والمالك يدعي استحقاق عمل العامل في مقابل الحصة بالقراض والعامل ينكره .

أقول: هذا بالاضافة الى انه لاجامع بينهما يكون ما عداه خلاف الاصل، ولذا قال التحرير : هو أقرب ، وقال : الايضاح هو واضح .

ومنه يعلم وجه النظر في قول السيد البروجردي قال: وفيه وجه آخر ان القول قول المالك، لان القابض مقر بعد الاجرة لعمله، وانه عمل لنفسه والمالك مقر بثبوت حصة من الربح للقابض فينحصر النزاع في غير تلك الحصة والعامل يدعيه بالاقراض المخالف للاصل فيحلف انمالك على نفيه ويحكم له به .

وأما دعوى المالك للقراض فغير ملزمة لايتوجه بها حلف على منكرها ـ انتهى .

وكأنه أخذه من القواعد حيث قال: لو ادعى المالك القراض والعامل القرض ، فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصة واختاره في التذكرة، لان المال ملكه والاصل تبعية الربح له فمدعي خلافه يحتاج الى البينة .

وفيه أولا: ما تقدم من ان الربح تبع لكلا المال والعمل لا للمال فقط .

وثانياً : ان الاعتبار بمصب النزاع لا الغرض المقصود، وقد سبق ان هذا هو بناء المشهور المستفاد من الادلة ـ كما ذكرناه في [كتاب القضاء] ـ كما يظهر

فان حلفا أو نكلا كان للقابض أكثر الامرين من اجرة المثل والحصة من الربح

بما ذكرناه الاشكال في تفصيل جامع المقاصد وترديد المستمسك قال: أولهما لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك مع يمينه قطعاً لان الاصل بقاء المال له، ولامعارض له هنا،وقال ثانيهما: اذا كان المعيار في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى فلا ريب في ان المقام من التداعي ، لان كلا منهما يدعي الاصل، واذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى فيختلف باختلاف الموارد، الى آخر كلامه .

اذ يرد: على الاول: أن لاأصل في المقام ، فان المال قبل عقد القراض عليه غير المال بعد عقد القراض فلا تمامية لاركان الاستصحاب .

وعلى الثاني: ماتقدم من ان التشخيص بالمصب لا بالغرض المقصود، وبذلك ظهر وجه الاشكال في كلام السيد الجمال، حيث جعل النزاع من باب المدعي والمنكر دون التداعي، لكن على تفصيل فراجع تعليقته .

وكأنه لماذكرناه سكت جملة من الاساطين على المتن منهم السيد ابن العم وغيره .

(فان حلفا أو نكلا) فيما ليس لاحدهما بينة كما هو واضح (كان للقابض أكثر الامرين من اجرة المثل والحصة من الربح) كما عن التحرير والايضاح وجامع المقاصد وغيرهم ، وعن القواعد بناءاً على التحالف وعللوه بانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعي كله، وان كانت

....

اجرة المثل أكثر، فالقول قوله بيمينه في عمله، كما ان القول قول رب المال في ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ماعمل بهذا الشرط، وانما عمل بعوض لم يسلم له فيكون له اجرة المثل.

اقول : لايخفى مافي هذا التوجيه، اذ لاوجه لملاحظة اجرة المثل مطلقاً، فان المالك يدعى ان الزائد على الحصة له، والعامل يدعى ان كل الربح له، فهما متفقان على انه لاأجرة مثل للعامل، فمن أين جائت اجرة المثل ؟ وعليه فاللازم اعطاء العامل الحصة من الربح ـ حسب مايدعيه المالك من القراض ـ .

أما الزائد على الحصة فهما يتنازعان فيه المالك يقول: انه له، والعامل يقول: انه له، فمقتضى قاعدة العدل ان يقسم بينهما بالسوية، كما ذكرناه في [كتاب الخمس] وغيره، فاذا كان الربح مأة، وقال المالك : انه بيننا بالسوية، كان له خمس وعشرون، لان المالك يسلم ان العامل له خمسون مضاربة ويكون النزاع في الخمسين الاخر، ويقسم بينهما بالسوية ولذا قال السيد ابن العم : للقابض الحصة من الربح ويقسم الزائد بينهما . و قال بعض المعلقين : أما ماذكره بعض آخر من الاقراع في الزائد ففيه انه خلاف ماثبت في الماليات من قاعدة العدل الحاكمة على القرعة .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال : هما معاً يعترفان باستحقاق العامل الحصة ويختلفان في استحقاقه للزائد ، فالعامل يدعي ذلك بدعوى كون المال له، والمالك ينكر ذلك، وحيث ان الاصل عدم خروج المال

الا اذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها لاعترافه بعدم استحقاقه أزيد من الربح

عن ملك المالك فقول العامل مخالف للاصل فيكون مدعياً ، وقول المالك موافق له فيكون منكراً ، فاذا حلف المالك ثبت قوله وبطلت دعوى العامل ـ انتهى .

اذفيه أولا: عدم تمامية اركان الاستصحاب حتى يجرى الأصل في المقام.

وثانياً: الملاحظ مصب الدعوى، لاالغرض المقصودمنه أو أوله، فاذا حلفا أو نكلا سقط كلتا الدعويين ورجع الامر الى الاختلاف في الزائد من الحصة فيقسم بينهما حسب العدل، والقول بأنه مقطوع عدم الصحة، لانه ان كان قرضاً كان الزائد للعامل، وان كان قراضاً كان للمالك، مدفوع بأن قاعدة العدل أصل في مقام الجهل كدرهمي الودعى وارث الخنثى من الموارد المتعددة التى حكم بذلك الشارع .

ومما تقدم ظهر انه لامجال لقول المصنف: (الا اذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاقه أزيد من الربح) اذ قد تقدم أنه لاموقع لذكر اجرة المثل.

ثم ان مما تقدم يظهر حال العكس وهو مالوادعى المالك انه اعطاه قرضاً، وقال العامل: بل قراضاً، ويكون ذلك فيما اذا تلف المال بدون تفريط ، حيث على القرض العامل ضامن، بخلاف ما اذا كان على القراض، هذا وقد يكون الاختلاف حقيقة لا لاجل التخلص من التبعة، بل لاجل ان كلا منهما يزعم مايقوله حقاً .

وعلى اى حال، فاذا لم يكن لاحدهما بينة كان من مورد التحالف، فاذا حلفا أو نكلا كان اللازم اجراء قاعدة العدل باعطاء العامل للمالك النصف، لانه ان كان قرضاً كان اللازم عليه اعطاء الكل، وان كان قراضاً لم يلزم عليه شيء، لان التلف بدون التفريط من كيس المالك .

نعم اذا كان الامر بالتفريط لم يكن مورد للنزاع، اذ على كل تقدير يلزم عليه رد كل المال، واذا ربح المال. وقال المالك: أنه قرض فلا حق لي في الربح، وقال العامل : بل قراض فلك حق الربح كانت الحصة التى يعطيها العامل معلقة فيكون الاخذ لها الحاكم ، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة ان الحكم مع اصرارهما على الرفض التنصيف ، لقاعدة العدل ، وعليه فلاوجه لقول المصنف .

مسألة ـ ٦٠ ـ اذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه وادعى العامل أنه ضاربه قدم قول المالك مع اليمين

(مسألة ـ ٦٠ ـ اذاحصل تلف أوخسران فادعى المالك أنه أقرضه) فلا تبعة عليه (وادعى العامل أنه ضاربه) فالتبعة على المالك فيما لم يكن التلف والخسران بتفريط ونحوه (قدم قول المالك مع اليمين) وان سبقه الى ذلك القواعد والتذكرة والتحرير كما حكى عنهم، وقد علله بعضهم بأن الاصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه، لعموم قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدى ولان العامل يدعى على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله والمالك ينكر، فالاصل مع المالك يشمله قوله عليه السلام: واليمين على من انكر[1].

وفيه: ان لا أصل في وضع اليد، لان وضع اليد على قسمين يد أمانة وغيرها وعلى اليد ناظر الى الثاني، لا الاول بمقتضى الجمع بين على اليد وبين ليس على الامين الا اليمين .

أما تعليله الثاني، ففيه انه خلاف مصب الدعوى، وقد تقدم ان اللازم ملاحظة مصب الدعوى، والا فالاصل ايضاً برائة ذمة العامل، فالمالك مدع ايضاً ان قيل هذا الاصل زال بتحقق اثبات يده على مال المالك المقتضى لكونه في العهدة.

قلت: اليس كل اثبات يد على مال أحد يقتضي كونه في العهدة ؟ لانك قد عرفت ان اثبات اليد على قسمين.

---

(١) الوسائل : ج/١٨ ص الباب ٤ من كتاب القضاء ح/١ .

. . . .

أماجواب المستمسك عن [على اليد] بأنه مختص بمااذا كان المال المأخوذ مال الغيروهو خلاف دعوى المالك : اذفي القرض لايكون المال مال الغير، بل يكون مال نفسه، ولذايكون ضمان المال بالقرض لاباليد الى آخره .

ففيه: انا لولم نقسم اليدعلى قسمين شمل الحديث كل أقسام اليد، فان الشيء مصداق [ماأخذت] فان قيل : الاصل الضمـان الا ماخرج ، كان اللازم لمدعي الخروج الاثبات

وان قيل: لاأصل، بل اليد الضمانية وغير الضمانية في حد سواء كل يريد الاثبات كان المقام من التداعي وأن قيل: الاصل عدم الضمان ـباعتبار برائة الاخذ ـ الاماخرج، كان اللازم لمدعي الضمان الاثبات، وقداختلفوا في مسألة اختلاف الراكب ، ومالك الدابة في انها عارية فلااجرة أو اجارة ، فعلى الراكب اجرة فذهب الشيخ وابن زهرة وأول الشهيدين والاردبيلي والخراساني الى قبول قول الراكب لاصالة البرائة، وذهب غير واحد بل قيل انهم الاكثر أو المشهور بتقديم قول مدعي الاجارة: وعلله الجواهر باصالة احترام مال المسلم كدمه وعرضه مما لازمه الضمان الاماخرج، والمسألة سيالة .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في كلام السيد البروجردى، حيث اختار تقديم قول المالك مستدلا باصالة الضمان في الاموال التالفة عندغير مالكها الثابتة بالنص والفتوى، ولولاها لكان القول قول العامل، لاصالة عدم الاقراض وكون دعوى القراض غير ملزمة، وفي كلام ابن العم حيث قال: لايبعد تقديم قول العامل وغالب المعلقين بين هذين القولين.

....

نعم تأمل فيه بعضهم، وقدعرفت ان مقتضى القاعدة التحالف لانه مقتضى ملاحظة مصب الدعوى ،كما هو كذلك في أمثال هذه المنازعات ،كما لوقال احدهما: انه رهن، وقال الاخر: بل اجارة، أوقال: انه جعالة، وقال الآخر: انه اجارة ، الى غيرهما كالاجارة والمزارعة أو المساقاة ، الى غير ذلك ، فانه لأصل بعد عدم موافقة الاصل لاحدهما في المصب وعدم النظر الى أول الدعوى .

هذا كله مقتضى القاعدة الأولية ، وان كان يظهر من غير واحد من الروايات خلاف ذلك .

مثل صحيح اسحاق بن عمار قال: سألت أباالحسن عليه السلام، عن رجل استودع رجلاألف درهم فضاعت فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: انما كانت لي عليك قرضاً، فقال عليه السلام: المال لازم له ، الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة .[1]

وصحيحة محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام، انه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال: الذى عنده الرهن ارتهنه عندى بكذا وكذا، وقال الاخر: انما هو عندك وديعة، فقال عليه السلام : البينة على الذي عنده الرهن انه بكذا وكذا، فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين.[2]

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٣٢ الباب ٧ من أبواب أحكام الوديعة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٣٦ الباب ١٦ من أبواب أحكام الرهن ح/١ .

. . . .

وعن عبادبن صهيب قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، عن متاع في يد رجلين احدهما يقول استودعتكه والاخر يقول : هورهن ، قال : فقال القول قول الذي يقول : هوانه رهن، الاان يأتي الذى ادعى انه أودعه بشهود[1]. الى غيرها من الروايات .

وانكان المستمسك قال : بعدان ذكر المصحح ان استفادة الكلية منهغير ظاهرة ، وتفصيل الكلام فيذلكفي كتاب الرهن والوديعة وغيرهما .

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٣٧ الباب ١٦ من أبواب أحكام الرهن ح/٣ .

مسألة ـ ٦١ ـ لوادعى المالك الابضاع والعامل المضاربة يتحالفان

(مسألة ـ٦١ـ لوادعى المالك الابضاع) فكل الربح للمالك (و العامل المضاربة) فليس كل الربح للمالك (يتحالفان) كما عن التذكرة انه أقرب ، وعن الايضاح انه الاصح ، و ذلك لانهما دعويان متعارضتان فلاوجه لجعل احدهما مدعياًوالاخرمنكراً ـ بعدانعرفت ان العبرةبمصب الدعوى، لابماءله والغرض المقصود منه ـ خلافاً للقواعد ، حيث قال : ان القول قول العامل ، لان عمله له فيكون قوله مقدماً فيه ، وكان مراده العمل له بعض الربح، كما ان للمال بعض الربح فلاوجه لتقديم قول من يريدكل الربح .

و منه يعلم ، عدم ورود اشكال المستمسك عليه قال : التعليل المذكور معارض بمثله بالنسبة الى المالك ، فان المال للمالك فيكون قوله مقدماً فيه ايضاً .

ومما تقدم يظهروجهالنظر في كلام السيدين البروجردى وابن العم،حيث قال الاول : ان ادعى المالك الابضاع بلااجرة أوباجرة المثل وهى أقل من الحصة المدعاة من الربحالحاصل لامباينة لها ، وأما مع تساويهما ، أوكون الاجرة أكثر فالظاهر عدم توجه الحلف اليهما ، بل يحكم له بالحصة اخذاً باقرارهما .

وقال الثاني الظاهر تقديم قول المالك بيمينه وجه النظر ان الملاحظ في الدعوى المصب ، لاالغرض وكلام الاول مبنى على ملاحظة الغرض و كلام الثاني ناظر

ومع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الامرين من الاجرة والحصةمن الربح

الى كون الاصل ان الربح تابع للمال فالعامل المدعى خلاف ذلك يحتاج الى البينة ، وقدسبق عدم تمامية ذلك وان الربح تابع للمال والعمل معاً ، فاللازم ملاحظة مصب الدعوى والتحالف وعليه فلافرق بين كون مدعى الابضاع يدعيه باجرة كما يظهر ـ من كلام المصنف اخيراً ـ أو بلا اجرة ، كماهو الابضاع المصطلح عليه عند المشهور ، فان نتيجة الدعوى الاستحقاق وعدمه اومقدار الاستحقاق.

أما الدعوى فليست في ذلك ، كما لوادعى احدهما الدوام والاخر المتعة حيث يختلف وجوب النفقة وعدمها ، أوقالت : كان زنابا كراه فالمهر ، وقال: بل بدون اكراه فلامهر. الى غيرذلك من الامثلة .

(ومع الحلف أوالنكول منهما) حيث لابينه (يستحق العامل أقل الامرين من الاجرة والحصة من الربح،) كما قال بذلك العلامة وغيره على تقدير القول بالتحالف في الابضاع الذى يكن مع الاجرة .

أما الابضاع بلااجرة ، على مايدعيه المالك فالنزاع في أصل استحقاق العامل ، وذلك لان الحصة لو كانت أقل لم يدع العامل أكثر منها وهو يعترف بانه لايحق له أكثر من الحصة ، وان كانت الاجرة أقل وان كانت الاجرة أقل، فالعامل وان كان يدعي الاكثر منها ، الاانه لادليل له على اكثرية استحقاقه و المالك انما يسلم بالاجرة فلا ملزم للمالك باعطائه أكثر من الاجرة .

أما التعليل للاجرة بانها ان كانت أقل من الحصة فلان الحصة قد انتفت

....

بيمين المالك ، ففيه ان أخص من المدعى، لان المدعى انللعامل أقل الامرين في صورتي التحالف والنكول ، وهذا التعليل انما يناسب صورة التحالف لا صورة النكول .

ومنه يعلم ان قول السيد الجمال ان المسألة مشكلة و ذات وجوه ، محل نظر ، هذا انكان على تقدير البضاعة اجرة المثل، أما اذا لم تكن اجرة ، فهل يقدم قول المالك ، كما ذكره غيرواحد منالمعلقين لاصالة عدم شيء للعامل حيثان ادعائه المضاربة اذالم يكن له بينة يقابل باصالةالعدمفي طرف المالك فيحلف المالك وينتهى النزاع ولاشيء للعامل، أوان المقام منالتحالف ايضاً لانّ مصب الدعوى هوالمعتبر، وربمالايريدالعامل بدعواه المضاربة الحصة و انمايريدمطلباً آخر، مثل كونه مشتغلا بخدمة الناس مثلا ؟ احتمالان، وان كان الظاهرالثاني لماتقدممنانالعبرة بمصبالدعوى والبضاعة والمضاربة عنوانان كالاجارة والوديعة والرهن والعارية .

ومنه يعلم ان ما في بعض الحواشي منضعف احتمال التحالف لعدمجريان اصالة عدم البضاعة ضعيف حتى في صورة عدم شيءللعامل في البضاعةفكيف بصورة الاجرة له . وقول آخرلا اثر لنفى الابضاع، وانما الاثر لنفى القراض فيقدم قول المالك مع يمينه، محل اشكال لما عرفت من الاثر حتى فيصورة الابضاع مجاناً، وربما توهمانهلاشيء للعامل، لان الحصةسقطت بيمينالمالك والاجرة سقطت بانكار العامل لها .

وفيه ان كليهما يتفقان علىشيء للعامل من الربح أو خارجه وانماالساقط

. . . .

الخصوصية فهو كاتفاقهماعلى ان المقرض يطلب من المقترض ديناراً أودرهماً فاللازم برائة الذمة ، وان اختلفا في انه دينار او درهم . الى غير ذلك من الامثلة .

نعم اذا لم يكن الجامع- في المرافعات - لم‌يمكن العلاج بعد نفى الخصوصيتين، كما اذاادعى انه‌زوجه بنته فاطمة، وادعى الأب تزويجه‌بخديجة فانه لايمكنه‌أخذ احديهما، وان علم زوجية احديهما له في الجملة .

نعم‌لايقدر هوان‌يأخذ الخامسة‌والام‌وما أشبه، كما لايقدر الاب‌تزويج‌فاطمة ومثله الكلام في القتل المردد حيث لايمكن القصاص من أحد المشتبهين بانه قاتل، وان امكن‌توزيع الدية عليهما ، لقاعدةالعدل على ما ذكرناه في[كتاب القصاص] وغيره .

ثم ان كانت الاجرة مبانية للحصة، كما اذا كانت الاجرة باعتراف‌المالك شاة والحصة التي يدعيها العامل ديناراً كان اللازم أقل الامرين منهما، أو أقل الامرين من القيمة السائدة بينهما مما يسمى بالروح الاقتصادى الجارى في الاجناس المختلفة في علم الاقتصاد، احتمالان من ان احدهما أقرب، فان‌كانت الشاة أقل من الدينار اعطاه شاة، لان احدهما يقول بها، وان كان الدينار أقل اعطاه ديناراً، لان أحدهما يقول به ، ومن ان الاقربية لاتنفع بعد انكار الاخر بخلاف الروح السائد بين الشاة والدينار فانهمايتفقان على ذلك الروح‌السائد بين كليهما - وهذا فيما اذا لم تكن الاجرة والحصة متحدتين جنساً ، والافلا مجال لهذا الكلام- .

ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الاجرة وادعى العامل الابضاع استحق العامل بعد التحالف اجرة المثل لعمله

(ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الاجرة) اى التخلص منها ، وقوله : [الدفع] من باب لام العاقبة، مثل ليكون لهم عدواً وحزناً (١) والا فقد يكون النزاع لزعم كل منهما انه الواقع حقيقة - كما تقدم - .

(وادعى العامل الابضاع) باجرة، فقد تقدم ان الابضاع قسمان، فقد يكون تبرعاً وقد يكون باجرة (استحق العامل بعد التحالف) منهما أو النكول منهما - حيث لا بينة - (اجرة المثل لعمله) وذلك لما تقدم من ان المناط مصب الدعوى لأوله، والغرض منه.

ومنه يعلم، ان قول السادة ابن العم والبروجردى والحكيم بأن المسألة من باب المدعى والمنكر، واذ لا بينة للمالك يحلف العامل غير ظاهر الوجه.

قال في المستمسك: لا يخفى ان دعوى المالك المضاربة اذا كان يقصد بها دفع الاجرة عن نفسه فيكون العمل بلا عوض كان حينئذ مدعياً لمخالفة قوله لاصالة ضمان عمل العامل ، وكان العامل مدعى للاجرة منكراً لموافقة قوله للاصل المذكور، فاذا لم يقم المالك البينة على المضاربة حلف العامل وثبتت له الاجرة، فالمقام من باب المدعى والمنكر - انتهى .

ومنه يعلم، وجه النظر في جملة اخرى من التعليقات فراجع كلامهم .

---

(١) سورة القصص الآية/٨ .

مسألة ـ ٦٢ ـ اذاعلم مقدار رأس المال ومقدار حصةالعامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل كما انهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله ولو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه

(مسألة ـ ٦٢ ـ اذاعلم مقدار رأس المال) كمأة مثلا (ومقدار حصة العامل) كنصف الربح مثلا (واختلفا في مقدار الربح الحاصل) هل هو عشرون حتى يكون للمالك عشرة أوعشرة حتى يكون له خمسة (فالقول قول العامل) لانه امين، كما في النص والفتوى مماطلاقه يشمل المقام.

(كما انهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله) بعدم حصول الربح لانه أمين، أمااذاقال المالك: لم يحصل الربح اما اعتقاداً، او لمصلحة ، حيث ان الدولة تأخذضريبة زائدة من كل ماله الربح، وقال العامل : بل حصل الربح، فهل يقدم قول العامل لانهأمين؟ أوالمالك لاصالة عدم الربح، ومعنى كون المالك أميناً في الضرر ونحوه لافي الربح ، لان الضرر ونحوه منصرف أدلة امانته، وحيث لايكون مجال لدليل امانة العامل كان أصل عدم الربح محكماً، فيكون القول للمالك، احتمالان، لايبعدالثاني، ويكون اللازم على العامل ايصال حصة المالك من الربح ـ على مايقوله ـ اليه، فان لم يقبل اعطاه الحاكم ، لانه ولي الممتنع ، وليس للعامل أخذه لنفسه ، لان المالك لم يعرض عنه ، وانما يدعي انه ليس له، وفرق بين الامرين .

(ولوعلم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل) كمأة وأربعة وعشرين ـ مثلا ـ (واختلفا في مقدار نصيب العامل منه) فقال المالك انه ثمانية، وقال العامل: بل اثنى عشر .

فان كان من جهة الاختلاف فى الحصـة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك قطعاً وان كان من جهة الاختلاف فى مقدار رأس المال فـالقول قوله أيضاً، لان المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا وربحاً

(فان كان من جهة الاختلاف في الحصـة) المقررة للعامـل (أنها نصف) فاثنىعشر (أوثلث) فثمانية ـ لفرض توافقهما انالربح أربعة وعشرين لاناصل المـال مأة (فالقول قول المالك قطعاً) لاصالة عدم كون الاربعة المختلف فيها للعامل بعدبنائهم علىان الربح تابع للمال الابقدر اخرجاهمنه للعامل، لكن قد تقدم الاشكال فيالمبنى، وان مقتضى القاعدةكون الربح وليدأ للعمل والمال معاً بنسبة عقلائية، وعليه فان كانت النسبة العقلائية معالعامل ـ اي النصف في المثال ـ كان الاصلمعه، لان المدعي منيخالف قولهالاصل، وعليه فان لميكن للمالك بنية حلف العامل وكانله مايدعيه، وان شئت قلت المالك يدعي زيادة على حقه، مما هـو من حق العامل بطبعه فعليه البينة، فان لم تكن بينة اخذه العامل بحلفه.

(وان كان من جهـة الاختلاف في مقدار رأس المـال) فالعامل بدعى ان المأة والعشرة الحاضرة عشرونمنه ربح فلى عشرة، لان رأس المال كان تسعين والمالك يقول: بل رأس المال مأة فلكخمسة.

(فـ) المصنف يرى ان (القول قوله) قول المالك (أيضاً، لان المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا وربحاً) لان عندهم ربح المال

ومقتضى الاصل كونه بتمامه للمالك الا ماعلم جعله للعامل واصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا الى العامل لاتثبت كون البقية ربحاً مع أنها معارضة بأصالـة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا فيبقى كون الربح تابعاً للاصل الاماخرج

كله للمالك ، وانما يخرج شيء منه من كيس المالك الى العامل حسب عقد المضاربة .

(ومقتضى الاصل كونه بتمامه للمالك الا ماعلم جعله للعامل) اى ماجعل ـ وذكر العلم من باب الطريقية ـ .

(و) انقلت: الاصل ان المالك لم يدفع أزيد من التسعين الى العامل وعليه فالتفاوت بين التسعين وبين المأة وعشرة ربح للعامل نصفه وهو عشرة.

قلت : (اصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا) مثل التسعين فى المثال (الى العامل لاتثبت كون البقية) العشرين (ربحاً) لانه من اللوازم العقلية ومثلها لاتثبت بالاستصحاب حيث ان بناء المحققين عدم حجية الاصل المثبت .

(مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا) كالعشرة ـ حسب ادعاء المالك ـ فيتساقط الاصلان ، وحيث ان الربح للمالك الا بمقدار علم خروجه لم يكن للعامل الا خمسة ـ فى المثال ـ.

واليه اشار بقوله: (فيبقى كون الربح تابعاً للاصل الاماخرج) وكان الاولى ان يقول المصنف : الاصل المثبت ان كان حجة تعارض الاصلان [اذ الاصل الثاني ايضاً مثبت ، لما ذكره المستمسك من أنه لايثبت كون الربح الموجود

للمالك الابناءاً على الاصل المثبت] وان لم يكن الاصل المثبت حجة لم يجر أصل عدم دفع مقدار كذا الى العامل .

هذا تمام الكلام في قول المصنف التابع للمشهور في كون الربح تابعاً للمال، لكنك قد عرفت ان القاعدة تقتضي كون الربح تابعاً لهما بالنسبة العرفية فلأصل يقتضي كون كل الربح للمالك الاماعلم خروجه للعامل.

وعليه فمقتضى القاعدة انيكون القول قول العامل بيمينه في ان الاصل كان تسعين والربح عشرين – في المثال: اي فى رأس مال أقل وربح اكثر – لانه أمين، وقد تقدم انهما لواختلفا في قدر رأس المال، أو في قدر الربح كان القول قول العامل .

ومما تقدم ظهر الكلام في كل أقسام المسألة، وهي ثمانية لان مقدار رأس المال، أمامتفق عليه ، أو مختلف فيه وعلى كل حال، فمقدار حصة العامل ، أما متفق عليه، أو مختلف فيه.

وعلى كل حال فمقدار الربح أما متفق عليه، أو مختلف فيه، ويضاف الى ذلك صور جهلهما أو جهل احدهما بأحد الامور الثلاثة من الاصل والربح والحصة .

مسائل

الاولى : اذا كان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعينه فلااشكال والافان علم بوجوده فى التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك

مسائل

(الاولى: اذا كان عنده مال المضاربةفمات فان علم بعينه فلا اشكال) وفي الجواهرولاخلاف في اناللازم اعطائه الىمالكه، فان كان في ضمنهالربحأخذ الورثة مقدار حق مورثهم ودفعوا الباقي الى المالك ، اي انهما شريكان يلزم الافراز برضىالطرفين ، كما فيسائر الاموال المشتركة، ولايخفى ان البينةفي تعيينه قائمة مقامالعلم، فمرادالمصنف بالعلمأعم منالوجداني،فيشملالتنزيلي، ومثلهما الاقرار من المالك ايضاً ، الى غيرذلك.

(والافان علمبوجوده فيالتركة الموجودة من غيرتعيين فكذلك) لااشكال في حقالمالك، وله أقسام ثلاثة:

لانه أماعلى نحوالشركة ، كما اذاكان الميت يطلب مأةدينار من زيد نصفه للمالك ونصفه لنفسه فتقاضاها، فانالمأة المعطاة تكون علىنحو الشركة.

ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة

وأما على نحو الخلط بأن كان له خمسون ديناراً وأخذ خمسين ديناراً ثمن ماباعه من مال المضاربة، حيث اختلطا عنده، فان كل دينار أماله واما للمالك ـ اذا لم نقل بحصول الشركة القهرية بعـد خلطهما ، كما قيل بذلك في دراهم الودعيين ـ .

واما على نحو الكلى في المعين، كما اذا اشترى من مال المضاربة لنفسه على نحو الكلي في المعين ، أواشترى من مال نفسه لاجل المضاربة على نحو الكلى في المعين .

(و) على الاول : (يكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة) فيقسم بينهم على نسبة اموالهم ، كما في قسمة غيرهم من الشركاء ، كما ذكره الجواهر مفسراً به عبارة الشرائع ، وفي الحدائق نسب هذا الى الاصحاب ، واذاتلف شيء بدون تعد وتفريط كان من الجميع بالنسبة ، فاذا تلف دينار كان الذاهب من كل من الورثة والمالك النصف اذافرض ان لكل منهما خمسيناً وهكذا يذهب من احدهما الثلث ، أوالربع اذاكان له ثلث اوربع .

وعلى الثاني : فالمحكم في المقام قاعدة العدل ، اذ هذا الدينار الذاهب قدذهب من احدهما ، وحيث لاوجه لترجيح احديهما كان اللازم التنصيف ، وكذا اذاكان مال الميت منحازاً عن مال المضاربة مثلا في صندوق دنانير المضاربة وفي صندوق دنانير نفسه ولم يعلم المالك والورثة ان الصندوق الذى سرق كان لايهما ، فان قاعدة العدل تقتضى تقسيم البقية، وكذا اذاكان من جنسين مثلا كان للمالك اثواب وللميت اخشاب ولم يعلم ايهما لايهما، فاحترقت احداهما ، فان الثانية

تقسم بينهما ، وقد ذكرنا قاعدة العدل في [كتاب الخمس والديات والقضاء] وغيرها .

ومن ذلك يظهر ان اشكال المستمسك عليهم غير وارد قال : و يظهر من الجميع ان الاشتباه في المقام يقتضى الاشتراك حتى مع عدم الامتزاج وهوغير ظاهر بل يشكل حتى مع العلم بالامتزاج في المثليات مثل وضع ثوب في اثواب ، فانه لايوجب الاشتراك اذا عرف بعينه ، و كذااذا اشتبه بغيره فانه لادليل على هذا الاشتراك ـ انتهى .

فان فيه مادل على قاعدة العدل المستفادة من النص و دونها لاعلاج الا بالقرعة ، و قاعدة العدل حاكمة عليها ، و لعل اطلاق خبر السكوني شامل للمقام .

فقدروي عن جعفر، عن آبائه ، عن علي عليهم السلام ، انه كان يقول : من يموت وعنده مال المضاربة، قال عليه السلام : ان سماه بعينه قبل موته ، فقال هذا لفلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء .(١)

وعلى الثالث : فهل يحشر المالك مع سائر الغرماء في الضرب بالحصص لاطلاق الادلة والتي منها خبر السكوني المذكور ، أوان المالك الذي له الكلي

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩١ الباب ١٣ من أبواب أحكام المضاربة ح/١ .

ويقدم على الغرماء ان كان الميت مديوناً لوجود عين ماله فى التركة وان علم بعدم وجوده فى تركته ولافى يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أورده على المالك فالظاهر عدم ضمانه

في العين يعطى حقه كاملا ، كما اذا كان الميت حياً واحترق كل اطنان قصبه ماعداه ما اشتراه المشترى بنحو الكلي في المعين، احتمالان ، وان كان الاقرب الضرب مع الغرماء ، لانه لاوجه لاستصحاب حال حياة الميت بعد تغير الموضوع عرفاً فهنا مال تعلق به حق المالك المضاربي وسائر الغرماء فلادليل على تفضيل بعضهم على بعض، والمسألة بعد بحاجة الى التأمل .

ومنه يعرف وجه التأمل في اطلاق قوله : (ويقدم على الغرماء ان كان الميت مديوناً لوجود عين ماله في التركة ،) اذ فرق بين عين المال وبين الكلى في العين ، فانه ليس عيناً بحيث يعلم بشمول دليل تقديم من له العين على سائر الديان لمثل الكلي في المعين .

ثم انه اذا مات وعنده مال المضاربة ولم يعلم انه في ضمن التركة ، بل احتمل ذلك واحتمل خلافه بان احتمل انه في الذمة : أوفي مكان آخر مدفون أونحو ذلك ، فالظاهر انه يضرب مع الغرماء لاطلاق أدلته ، ولانه مقتضى قاعدة العدل بعد الجهل بالواقع .

(وان علم بعدم وجوده في تركته ولافي يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط) حتى يكون ضامناً ويضرب مع الغرماء (أو بغيره أورده على المالك) أو وهبه المالك اياه أو ما أشبه مما لا حق للمالك (فالظاهر) انه يضرب مع الغرماء اذا كان ماله أقل من ديونهم ويأخذه المالك كاملا ان لم يكن كذلك لعموم على اليد ،

وكون جميع تركته للورثــة وان كان لايخلو عن اشكال بمقتضى بعض الوجوه الاتية وأما اذا علم ببقائه فى يده الى مابعد الموت

(١)ولم يعلم أنه موجود فى تركته الموجودة اولا بأن كان مدفوناً فى مكان غير معلوم ، أوعند شخص آخر أمانة أونحو ذلك

فانه يدل على لزوم الاداء، الا اذا علم المخرج، وفي المقام لاعلم بـالمخرج فهو، كما اذا كان زيد يطلب من عمرو، واحتملنا انه وهبه أو ما أشبه ذلك فان مقتضى القاعدة اعطائه الا اذا ثبت الخلاف، ولذا قال المستمسك: انه مقتضى عموم على اليد، اذ لايعتبر فيه ان يكون حال الموت ضرورة صدقه مع كـون اليد في بعض انات الحياة، وعلى هذا، كان اللازم على المصنف القول بالضمان فيه كما في الصور الاتية ـ انتهى.

ومنه يعلم، ان سكوت المعلقين على قول المصنف ظاهر (عدم ضمانه ، وكون جميع تركته للورثة) غير وجيه، وان قال: (وان كان لايخلو عن اشكال بمقتضى بعض الوجوه الاتية) وبناء السيرة على الضمان ايضاً في المقام وسائر امثاله.

(وأما اذا علم ببقائه في يده الى ما بعد الموت (١) ولم يعلم أنه موجـود في تركته الموجودة) في ايدى الورثة ـ مثلا ـ (أولا بأن) احتمل انه حين موته (كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك) بـأن وضعه في مكان ما من املاكه الكثيرة ، والنتيجة انه كان تحت يد الميت، وان لم يكن في ضمن تركته .

(٢) أوعلم بعدموجوده فى تركته مع العلم ببقائه فى يده بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال الى المالك

(٣) أوشك فى بقائه فى يده وعدمه أيضاً ففىضمانه فى هذه الصور الثلاث وعدمهخلاف واشكال علىاختلاف مراتبه وكلمات العلماء فىالمقام وأمثاله كالرهن والوديعةونحوهما مختلفة والاقوى الضمـــان فى

---

(٢) أوعلمبعدم وجودهفي تركته مع العلم ببقائه فييده) بخلافالصورة الاولى حيث لايعلم بانه موجود في التركة أملا؟ فـانه ان علم ببقـائه في يده يكونـ على صورتينـ لانه أما لايعلم بوجوده في التركة .

وأما يعلم بعدم وجوده في التركة(بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال الـى المالك (٣) أوشك في بقائه في يده وعدمه أيضاً) عطف على اذا علم ببقائهفي يده، وهي الصورة الثالثة .

(ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث) مطلقاً(وعدمه) مطلقاً، والتفصيل كما يأتي (خلاف واشكال) لكن الاشكال ليس في كل الصور على حد سواء مـن القوة ، بل (على اختلاف مراتبه) فان مرتبة الاشكال في بعض الصور قوية، و في بعض الصور ضعيفة .

(وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما) كالاجارة والعارية (مختلفة) كما لايخفى على من راجع الشرائع والقواعد وشروحهما في الكتب المذكورة :

(والاقوى الضمان في) كل الصور الثلاث.

الصورتين الاوليين لعموم قوله عليه السلام على اليد مااخذت حتى تؤديه حيث ان الاظهر شموله للامانات أيضاً

أما في (الصورتين الاوليين) علم ببقائه في يده ولم يعلم انه موجود في تركته ، أوعلم بعدم وجوده في تركته فـ (لعموم قوله عليه السلام) المروى في مستدرك الوسائل، باب الغصب، رواه عن ابى الفتوح والغوالي ، المجمع على العمل به في مختلف الابواب حتى انه الاصل والخارج يحتاج الى الدليل (على اليد ماأخذت حتى تؤديه)[1] حيث ان المراد باليد الاستيلاء، وان لم يكن اخذاً باليد ـ على ماهو المتفاهم عرفاً من ان المراد باليد المثال لا الجارحة ـ وبالاداء الارجاع الى استيلاء المالك ولو كان بصرفه فيما امر المالك، كمالو قال اعطه للفقير أوألقه في البحر في مثل السفينة المشرفة على الغرق، الى غير ذلك من الامثلة.

(حيث ان الاظهر شموله للامانات أيضاً،) مالكية كانت أوشرعية، كشموله لليد العدوانية، لان الشمول هو مقتضى الاطلاق، فأحتمال عدم الشمول لعدم الاطلاق، أوللانصراف بعد تسليم الاطلاق غير ظاهر الوجه اذ لاوجه لاحتمال عدم الاطلاق.

أما احتمال الانصراف فسيأتي وجهه مع جوابه ، بل يشمله ايضاً قوله عليه السلام: لايتوى حق امرء مسلم فانه كان حقاً له يحتاج خروجه عن حقه الى دليل .

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ .

ودعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة ، بأن غاية مايكون خروج بعض الصور منها ، كما اذا تلفت بلاتفريط أو ادعى تلفها كذلك اذاحلف

وكذلك قول علي عليه السلام كما في غصب المستدرك، عن الدعائم: لا يجوز أخذ مال المسلم بغيرطيب نفس منه.[1]

ومثله مافي الكتاب المذكور، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسلم اخو المسلم، لايحل ماله الاعن طيب نفس منه[2] .الى غير ذلك من امثال هذه الروايات الشاملة لكل أقسام اخذ أموال الناس الا ماخرج .

(ودعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بأن غاية ما يكون) من الخروج (خروج بعض الصور منها ، كما اذا تلفت بلا) تعد أو (تفريط) حيث ان الشارع حكم بعدم الضمان حينئذ(أوادعى تلفها كذلك)ولم يكن للمالك بينة على خلافه (اذا حلف) الامين، لان الشارع جعل عليه اليمين فقط، والفرق بينهما ان الاول مقام الثبوت والثاني مقام الاثبات.

وقول المستمسك في رد ادعاء المصنف[اطلاق على اليد] بانه لابد ان يكون المراد باليد في الرواية اليد المبنية على الرد فلا يشمل اليد المبنية على الابقاء وترك الاداء فلا يشمل يد الامين المفروضة في المقام ويتعين الرجوع الى اصالة

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ١٤٦ .

(٢) المستدرك : ج/٣ ص ١٤٦ .

البرائة، ولو كان خروج الامانات من باب التخصيص لزم تخصيص الاكثرفان المتعارف في اليد هو يدالامين كالمرتهن والمستعير والمستودع والاجير على العمل فى العين والمستأجر للعين لاستيفاء منافعهما والملتقط والوصي والولي والشريك وعامل المضاربة والعامل في الزراعة والمساقـات والجعالة، الى غير ذلك ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذ كل من ذكره لابد لهم من الرد الا اذا تلف من غير تفريط، فمن اين يلزم تخصيص الاكثر، وقد جعل الفقهاء فى مختلف كلماتهم الرواية اصلا حتى اذا ارادوا الاخراج منها ذكروا للاستثناء دليلا، وهذادليل فهمهم الاطلاق ، فالامانات ليست خارجة ، بل كلها داخلة، وانما الخارج ما تلف بدون تعد، كما يستفاد من ليس على الامين الا اليمين.

ومنه يعلم وجه النظر فى تعليقات السادة ابن العم والجمال والبروجردي قال الاول: الاقوى عدم الضمان فى الصورة الثانية ووجوب التخلص فى الصورة الاولى .

وقال الثاني: الظاهر خروج الامانات تخصيصاً أوتخصصاً عن عمومه.

وقال الثالث: الاقوى عدم الضمان في الصورة الثانية .

وأماالصورة الاولى: فالظاهر فيها عدم جواز تصرف الورثة فيما بأيديهم حتى يتخلصوا منه لضمان الميت وتعلقه بالتركة حتى يكون اسوة الغرماء كما أفاد بل لازم العلم الاجمالي بكون ماكان في يده الى موته مال الغير اسقط اعتبارها فى جميع اطرافه بالنسبة الى القدر المعلوم، فعلى هذا يكون المضارب مقدماً على الغرماء لاأسوة لهم ـ انتهى .

وذهب جمع آخر من المعلقين الى عدم الضمان في الصورتين، لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية بعد الاعتراف من المصنف بخروج بعض الصور مع احتمال كون محل النزاع منه.

اذ يرد على الاول: بان العلم ببقائه في يده الى مابعد الموت [اي الصورة الاولى من الصور الثلاث] يكفي في شمول على اليد له، واستظهار السيد الجمال اختصاص الضمان بما اذا كان مفرطاً في ترك الوصية به، والافالا قوى عدمه ـ انتهى.

فيه: انه اذا لم يفرط في ترك الوصية، فما الذي يخرج المقام عن دليل اليد.

وعلى الثاني: انه لاوجه لخروج الامانات لما عرفت في جواب المستمسك، فان الاطلاق شامل لها وانما الخارج صورة ماعلم عدم التفريط والتعدى.

وعلى الثالث: انه لم يعلم وجه قوة عدم الضمان في الصورة الثانية مع شمول على اليد له، وأما جعله «ره» الصورة الاولى من باب العلم الاجمالى، ففيه: انه ان تم ماذكره في الصورة الثانية لم ينفع العلم الاجمالي بعد ان كان أحد طرفي العلم الاجمالي خارجاً عن محل ابتلاء الورثة مما يوجب اجراء البرائة بالنسبة الى الطرف الذي هو محل الابتلاء.

أما ماذهب اليه جمع من المعلقين من كون الصورتين من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، ففيه ان المقام ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، بل من قبيل التمسك بالعام فيما لم يعلم هل انه خرج عن العام بالمخصص أم لا؟

وأماصورة التفريط والاتلاف ودعوى الرد فى غيرالوديعة

فالاول: مثل أن يقول المولى :كل خمرحرام، فاذا لم‌يعلم انهذا المائع خمرجاز تناوله، لانه‌لايمكن التمسك بكل‌خمرحرام‌لاثبات فردية هذاالمشكوك لكلي الخمر .

والثاني :كما اذاقال المولي: اكرم كل عالم، وعلمنا بأن الفاسق لايكرم، وكان زيد عالماً عادلا، وشككنا في‌فسقه، فان التمسك لاكرامه باكرم كل عالم ليس من‌التمسك بالعام في‌الشبهة المصداقية، والمقام كذلك، فقد كان الواجب على‌العامل رد مال‌المالك ولم‌يعلم، هل انه‌تلف بدون‌تعد أوتفريط حتى‌يخرج عن‌عموم على‌اليد أم‌لا؟ فاللازم‌التمسك‌بالعام حتى‌يثبت‌المخرج ـ والمفروض انه ليس بثابت ـ .

والحاصل: ان التمسك بالعام في‌الفرد الذي لم يعلم خروجه‌منه ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وانماالتمسك بالعام في‌الفرد الذي‌لم يعلم دخوله في‌العام هومن التمسك بالعام في‌الشبهة المصداقية.

(و أما صورة التفريط) فى الامانة حتى تلفت (و الاتلاف) الذى يسمى بالتعدى .

(ودعوى الرد فى غير الوديعة) حيث ان المشهور بينهم ان دعواه لاتقبل الابالبينة.

نعم، المشهور ان دعوى الرد في الوديعة‌مقبولة باليمين، كما تقبل دعوى التلف، ولايخفى ان دليل ليس على الامين الا اليميـن قبول الدعوى فى كل

ودعوى التلف والنكول عن الحلف فهى باقيـة تحت العموم و دعوى أن الضمـان فى صورة التفريط والتعدى من جهة الخروج عن كونها أمانة

أقسام الامانة، ولا خصوصية للوديعة ، وتفصيل الكلام فى ذلك فى محله.

(و دعوى التلف و النكول عن الحلف) لان الشارع جعل اليميـن على الامين فاذا لم يحلف لم يكن مخرج عن قاعدة البينة على المدعى ومن الواضح ان مدعى التلف داخل فى كلي المدعي.

ومنه يعلم، وجه النظر فى قول المستمسك ثبوت الضمان فى هذه الصورة كأنه لاجل تحقق الخيانة ولكنه غير ظاهر لجواز ان يكون للتورع عن اليمين كما يجوز أن يكون اشتباهاً منه فى دعوى التلف فلم تجوز الخيانة ـ انتهى.

اذ ليس ذلك لاجل الخيانة بل لما ذكرناه.

(فهي باقية تحت العموم،) عموم على اليد، ولا يتوقف بقائها تحت العموم على تحقق الخيانة ـ كما قاله المستمسك ـ فتحصل : ان [على اليـد] شامل لليد الامانية.

ان قلت: لاضمان في يد الامانة .

قلت: بل ضمان الا اذا تلف بدون التعدى والتفريط .

ان قلت: لانسلم الضمان في يد الامانة من باب على اليد، بل من باب الخروج الموضوعى [اي عدم الضمان في يد الامانة، وهذه يد خيانة حيث التعدى والتفريط] أو لدليل خارجى .

أومن جهةالدليل الخارجي كما ترى لاداعي اليها ويمكن ان يتمسك بعموم مادل على وجوب ردالامانة

قلت: ليس الضمان من جهة الخيانة، بل الضمان من جهة على اليدالمؤيد بعموم دليل رد الامانة، وقدأشار اليه المصنف المضيف الى الاستدلال بـ[على اليد] بقوله لعموم قوله (ع): على اليد ، والى [ان قلت] بقوله: ودعوى خروجها، والى [قلت] بقوله:[مدفوعة] والى [ان قلت]الثاني وجوابه بقوله: (ودعوى أن الضمان في صورة التفريط والتعدى من جهة الخروج عن كونها أمانة) فـان التعدي والتفريط نوع من الخيانة،لان المالك ائتمن الامين بابقاء العين في صورة الحفظ، فاذا لم يحفظها لتعد، أو لتفريط لم يكن أميناً من قبل المالك فيكون داخلا في عموم على اليد.[1]

(أو من جهة الدليل الخارجي) الذي يدل على الضمان، وان لم تكن خيانة والحاصل انه لاضمان في يدالامانة، فقولكم [مدفوعة] غير تام. ويبقى الاشكال الذي ذكرناه بقولنا: [ودعوى خروجها] على حاله، وقد أجاب المصنف عن اشكال [ودعوى ان الضمان] بقوله: (كماترى لاداعى اليها) فليس الضمان من جهة الخيانة، أو دليل خارجى، بل الضمـان من جهة اطلاق [على اليد] واي مانع فى اطلاق على اليد حتى لانتمسك به .

(ويمكن ان يتمسك) للضمان في الصورتين السابقتين ـ بالاضافة الى على اليد ـ (بعموم ما دل على وجوب رد الامانة) قال سبحانه: «ان الله يأمركم ان تؤدوا

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٥٠٤ .

وبدعوى أن الرد أعم من ردالعين ورد البدل، واختصاصه بالاول ممنوع الا ترى أنـه يفهم من قوله عليه السلام : المغصوب مردود

الامانات الى أهلها»[١] واشكال المستمسك على هذا التمسك بقوله: لكن الوجوب المذكور تكليفي محض لايقتضي ضماناً، ولا اشتغال ذمة بـالعين ليتعلق ذلك الحق بالتركة الى آخره، غير ظاهر الوجه بعد ظهور الوجوب التكليفي في الماليات على استتباعه للحكم الوضعي ، ولذا فهم الفقهاء من آية الخمس و الزكاة ونحوهما الوضع.

(و)ان قلت :ظاهر الايةرد العين، وقد فرض ان العين ليست في التركة ، أولا يعلم وجود العين في التركةـ كما تقدم في الصورتين-.

قلت: الاشكال غير وارد (بدعوى أن الرد أعم من رد العين ورد البدل، و اختصاصه بالاول ممنوع) وحيث قد عرفت ان هذا الجواب جواب عن الايراد الذي ذكرناه بقولنا: وان قلت ظاهر الاية، فلامورد لاشكال جملة من المعلقين على الماتن، منهم السيدان الحكيم والجمال، بأن الضمان لو ثبت كان أعم من العين والبدل .

وأمـا مع عدم ثبوته ، كما هو مفروض المقام فلا مجال لهذه الدعـوى واثبات الضمان بها ، لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

(ألاترى أنه يفهم من قوله عليه السلام: المغصوب مردود) كما ذكره الوسائل

---

(١) سورة النساء الآية/٥٨ .

وجوب عوضه عند تلفه هذا مضافا الى خبر السكونى عن على عليه السلام انه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة ؟ قال :ان سماه بعينه قبل موته ، فقال : هذا لفلان فهو له وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء

فى كتاب الغصب (وجوب عوضه عند تلفه) أو الحيلولة بينه وبين المغصوب منه ، فان المثل أو القيمة رد عرفاً عندتعذر الردللعين لتلف أو وقوع في البحر او ما اشبه و منع الفهم من ذلك، بل هو من جهة ضمان المغصوب لامن جهة وجوب رده ـ كما في المستمسك ـ خلاف ما يفهمه العرف ، بل الضمان لم يفهم الامن أمثال تلك العبارة .

(هذا) وجه الاستدلال لضمان الصورتين بدليل على اليد[1] وبآية رد الامانة (مضافاً الى خبر السكوني) الذي رواه الشيخ ، عن جعفر، عن آبائه عليهم السلام (عن على عليه السلام انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة؟ قال ان سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان فهو له) أي لا يشركه الغرماء فيه ولا يضرب معهم (وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء)[2] والاشكال على سند الحديث بعدم ثبوت وثاقة النوفلي، مدفوع بأن ابن محبوب من أصحاب الاجماع، وعلى دلالته بانصراف الحديث الى صورة وجود المال مدفوع بأن الانصراف بدوى ولو سلم فالمناط العرفي يشمل محل الكلام .

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩١ الباب ١٣ من أبواب المضاربة ح/١ .

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها ايضا لايخلو عن قوة لان الاصل بقاء يده عليه الى مابعد الموت واشتغال ذمته

ومنه يعلم، بأن اشكال بعض المعلقين على الحديث بأنه مخصص بمادل على اختصاص ضمان العامل بصورة التفريط أو التعدى ، فمع الشك فى التفريط أو التعدى لاوجه للتمسك به ـ انتهى .

محل نظر، فمن اين هذا التخصيص، فقد عرفت سابقاً ان دليل اليد ، و الاية شاملان لكل أنواع اليد الا ماخرج ، والمفروض في المقام عدم الدليل على الخروج .

(وأما الصورة الثالثة) وهي مالو شك فى بقائـه فى يده وعدمه (فالضمان فيها ايضاً لايخلو عن قوة) وذلك لعموم على اليد من غير حاجة الى استصحاب بقاء يده عليه الى حال الموت، اذ المخرج له عن الضمان صورة تلفه بلاتفريط فاذا لم يعلم بالمخرج كان اللازم التمسك بالعام، وقد تقدم انه ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

ومنه يعلم ، ان تعليل المصنف للحكم المذكور بقوله: (لان الاصل بقاء يده عليه الى مابعد الموت،) لايخلو من اشكال، كما أشار اليه المستمسك ، و لعل المصنف أراد بالاستصحاب تحقيق موضوع خبر السكوني ، حيث قال: من يموت وعنده مال المضاربة ، فاذا شك في بقائه فى يده حال الموت ثبت ذلك بالاستصحاب.

(و) يدل على الحكم بالاضافة الى [على اليد] و[الخبر] (اشتغال ذمتـه

بالرد عند المطالبة واذا لم يمكنه ذلك لموته ليؤخذ من تركته بقيمته ودعوى أن الاصل المذكور معارض باصالة برائة ذمته من العوض والمرجع بعد التعارض قاعدة اليـد المقتضية لملكيته مدفوعة بأن الاصل الاول حاكم على الثانى هذا

بالرد عنـد المطالبة) لوجوب رد الامانة، كما سبق الاستدلال بالاية المباركة لذلك.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى تعليقات السادة ابـن العم والبروجردى و الجمال وغيرهم من الاشكال فى الضمان أوالفتوى بعدم الضمان.

(و اذا لم يمكنـه ذلك) اى الرد عند المطالبة (لموته ليـؤخذ من تركته بقيمته) ومن الكلام فى الموت يظهر الكلام فى كل مالم يمكن الوصول اليه لجنون وأغماء وفقدان بالضياع وسجن لايمكن الوصول اليه ، اذ الدليل فى الكل واحد .

(ودعوى ان الاصل المذكور) أصل بقاء اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة (معارض باصالة برائة ذمته من العوض) فيتساقطان.

(والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد) في العامل، لان الاصل ان مافى يد الانسان ملكه الا اذا اثبت المدعى خلافه بالبينة (المقتضية لملكيته) فلا وجه لضمانه للمالك(مدفوعة بأن الاصل الاول) أصل الاشتغال (حاكم على الثانى) البرائة فان الاول أصل موضوعي ، والثانى أصل حكمي وما دام الاصل جار فى الموضوع، لامجال لجريانه في الحكم، واشكال المستـمسك بأن الاصل الموضوعي لامجال له قد تقدم جوابه .

(هذا) الذي ذكرناه فى رد من ادعى ان قاعدة يد العامل تقتضى ملكيته،

مع انه يمكن الخدشة فى قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية اذا كانت مختصة وفى المقام كانت مشتركة والاصل بقاؤها على الاشتراك

حيث سلمنا قاعدة اليد، وانما كان ردنا بان الاصل الاول حاكم على الثاني .

(مع انـه يمكن الخدشة في قاعدة اليد) فليست قاعدة اليـد مرجعاً بعد التعارض (بأنها مقتضية للملكية) ملكية ذي اليد (اذا كانت مختصة) بأن لم يعلم ان تحت يد العامل مال غيره .

(و فى المقام كانت مشتركة) لان تحت يد العامل مال نفسه ومال غيـره (والاصل بقاؤها) اي اليد (على الاشتراك،)فلا يصح التمسك بها لاثبات الملكية لذي اليد .

والحاصل : انا ذكرنا ان الاصل بقاء مال المالك تحت يد العامل ، فله مطالبته بعد موت العامل، والمستشكل يقول: الاصل ان كل ماتحت يدالعامل مال نفسه، وهذا الاصل مخدوش، لان أصل كل ماتحت يده لنفسه انما يجرى في اليد المختصة، لااليد المشتركة ، والمفروض ان يد العامل كانت مشتركة فيستصحب بقاءاشتراكها ومع اثبات الاشتراك بالاستصحاب لامجال لاصالة كل ماتحت يد انسان لنفسه.

وبهذا تبين ان قول المستمسك الملكية ليست موضوعاً للكلام بل موضوعه الضمان واللاضمان سواء كانت ملكية أم لم تكن، فقاعدة اليد المقتضية للملكية لاتوافق أحدالاصلين ولاتخالفه، فالرجوع اليها بعد المعارضة غير ظاهر، الى آخر كلامه .

غير ظاهر الايراد على المصنف، كما ان قول بعض الحواشي اليد امارة

بل في بعض الصور يمكن ان يقال : ان يده يد المالك من حيث كونه عاملا له كما اذا لم يكن له شيء أصلا فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة فاذا مات يكون مافي يده بمنزلة مافي يد المالك

الملك بالنسبة الى التركة الموجودة مالم يعلم باشتمالها على ملك الغير ، ولا علم في المقام، محل منع، اذ لانحتاج الى العلم الوجداني، بل العلم التنزيلي باستصحاب بقاء ملك المالك تحت يد العامل كان في الحكم بعدم دلالة يد العامل على ملكيته لكل التركة.

والحاصل: إن اليد اذا لم تكن معلومة الاشتراك كانت حاكمة على ان كل ما تحتها لذي اليد ، أما اذا كانت معلومة الاشتراك ـ علماً وجدانياً أو بامارة و نحوها كالاستصحاب ـ لم تحكم اليد بملكية كل ما تحتها لذي اليد فالاشتراك السابق الموجب للضمان باق الى الان .

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المستمسك فراجع شرحه على قول الماتن [اذا كانت مختصة] .

(بل في بعض الصور يمكن ان يقال:) لاتجرى قاعدة يد العامل دليل على ملكه التركة، فلا شيء للمالك فيها لـ (أن يده يد المالك من حيث كونه عاملا له،) وتحت يده مال المالك فقط.

(كما اذا لم يكن له شيء أصلا فأخذ رأس المال و) اتجر به أو (سافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة) حيث يكثر أن يكون المال من شخص والعمل من شخص آخر (فاذا مات) العامل (يكون مافي يده بمنزلة ما في يد المالك ،) فلا تجرى قاعدة ما في يد انسان هو لذى اليد حتى يثبت

وان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال وانه استفاد لنفسه ماهو الموجود في يده وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما اذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار ، ومن ماله أيضاً مقدار

خلافه ، بل القاعدة هنا ان ما في يد انسان [العامل] هو لغيره حتى يثبت انه لنفسه .

(وان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال) فلا مال للمالك عنده (وانه استفاد لنفسه ماهو الموجود في يده) فان هذا الاحتمال لا يرفع قاعدة ما في يده لغيره، بمقتضى الاستصحاب، وقول المستمسك: ان ذلك خلاف عموم حجية دليل اليد وخلاف المرتكزات العقلائية ، غير ظاهر الوجه ، كيف والاستصحاب لايدع مجالا لعموم دليل اليد، وكونه مرتكز العقلاء أول الكلام، بل الظاهر لدى العقلاء انه لو كان بدون مال، وانما له العمل انه باق على حاله ذلك الان يثبت خلافه، ولذا اذا اشترى داراً أو نحوها قالوا انه سرق من مال المالك ونحو ذلك مما لايخفى على من راجع العرف، ولافرق في ذلك بين ان يوجد في التركة عين مال المالك مما يحتمل انه انتقلت اليه أو غيرها، فقول المستمسك: واظهر منه مالو علم يتبدل العين التي كانت للمالك بعين اخرى ،كما اذا كانت بيده دراهم فمات ، فوجد بيده دنانير فانه لامجال للحكم بانها ملك المالك ـ انتهى ، محل منع .

(وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك ،كما اذا سافر) أو لم يسافر (وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله أيضاً مقدار) ثم مات واحتمل ان مال

نعم فى بعض الصور لايعد يده مشتركة أيضاً فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل ثم ان جميع ماذكر انما هو اذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً والا فلا اشكال فى ضمانه .

المضاربة تلف ، وانه استفاد لنفسه بمقدار مال المضاربة، أوان هذا الباقي كل ماله، فان الاستصحاب ومرتكز العقلاء خلاف ذلك.

(نعم في بعض الصور لايعد يده مشتركة أيضاً) كما اذا علمنا انه يصفي كل مال المضاربة كل سنة مرة مثلا، ويأخذ المال من جديد ولم نعلم هذا الآن بعد التصفية أوقبلها، وكذلك اذا علمنا انهما عقدا عقد المضاربة ، ولم نعلم هل سلم المالك المال الى العامل أم لا؟ ومات العامل وادعى المالك انه سلمه، وان بعض هذه الدنانير في تركة العامل له .

(فالتمسك باليد) لكون المال للعامل لا للمالك (بقول مطلق مشكل) لما عرفت من اختلاف الصور .

(ثم ان جميع ماذكر) من احتمال عدم ضمان العامل في بعض صور المسألة (انما هو اذا لم يكن) العامل (بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً) اذ اللازم الوصية بمال الناس في صورة ضياعه عند عدم الوصية (والا فلا اشكال في ضمانه) للخيانة، ولو شك في الافراط فالاصل عدمه حملا لفعل المسلم على الصحة، وليس الامر خاصاً بالموت ، بل اللازم ذلك عند ظهور امارات عدم القدرة لسجن دائم، أوجنون أوما اشبه، وقد تقدم ان الموت فى كلماتهم من باب المثال .

الثانية : ذكروامن شروط المضاربة التنجيز وأنه لوعلقها على أمرمتوقع بطلت ، وكذا اذا علقها على أمر حاصل اذا لم يعلم بحصوله نعم لوعلق التصرف على أمرصح

(الثانية: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز) فانه وان لم يذكر هذاالشرط جملة منهم في بعض الكتب ، لكنهم ذكروه في بعض الكتب الاخرفي العقود والايقاعات ممايدل على اشتراطهم جميعاً ذلك في كل تلك الابواب، فعن شرح الارشاد للفخران تعليق الوكالة على الشرط لايصح عند الامامية.

وكذا سائر العقودجائزة كانت أولازمة وعن المسالك في مبحث اشتراطه التنجيز في الوقف، قال : واشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع و غيره من العقود، وليس عليه دليل بخصوصه الى غير ذلك.

و قد ذكر الشيخ في المكاسب تفصيل الكلام في ذلك فلا حاجة الى تكراره.

(وأنه لو علقها على أمر متوقع) كطلوع الشمس، أوقدوم زيد (بطلت، و كذا اذا علقها على أمر حاصل اذا لم يعلم بحصوله،) كما اذا قال: ان كانهذا اليوم جمعة، حيث يعلم بأنه يوم الجمعة، أما اذا لم يعلم بأنه يوم جمعة بطلت أيضاً ، وقد صرح بذلك المسالك ، وألمع اليه جامع المقاصد وغيره .

(نعم لو علق التصرف على أمر صح) اذ ليس ذلك تعليقاً في المضاربة، كما اذا قال : ضاربتك على كذا، لكن تصرفك في المال من يوم الجمعة ، أو حين قدوم القافلة، وذلك لعموم الصحة بعد عدم الدليل على البطلان ، بل عن التذكرة نفي الخلاف في الصحة.

وان كان متوقع الحصول ولا دليل لهم على ذلك الا دعوى الاجماع على أن أثر العقد لا بد ان يكون حاصلا من حين صدوره

(وان كان) ذلك الامر (متوقع الحصول) غير مقطوع به كقدوم زيد (ولا دليل لهم على ذلك) اشتراط التنجيز (الا دعوى الاجماع) الذي قد عرفته (على أن أثر العقد لا بد ان يكون حاصلا من حين صدوره،) والا انه خلاف الكيفية المتلقاة من الشارع في العقود والايقاعات، والا انه لو صح لصح في النكاح والطلاق مع ضرورة عدم صحته فيهما، واذا انتفى اللازم انتفى الملزوم، والا ما في تعليق السيد البروجردي من قوله: لعل دليلهم هو منافات التعليق لتحقق المعاقدة بينهما بحسب اعتبار العقلاء، والاصالة عدم الصحة بعد أن أصل الصحة الذي اطبقوا عليه في العقود لايشمل المقام لاطباقهم على عدم الصحة، والا ما ذكره الشهيد في القواعد بأن الانتقال بحكم الرضا، ولا رضا الا مع الجزم،و الجزم ينافي التعليق، والا ماعن الخلاف و المبسوط والتذكرة من انه لا دليل على الجواز والصحة اذا لم تكن منجزة، والا أن الانشاء لايعقل ان يتقدم على المنشأ، فالانشاء غير قابل للتعليق، والا ان العقود والايقاعات الشرعية منصرفة الى المتعارف وهو التنجيز لا التعليق، وفي الكل ما لايخفى، لان الاجماع ان تم موضوعاً مشكل حكماً، لانه محتمل الاستناد، والكيفية المتلقاة من الشارع لاتقيد بعد ظهورها في أنها أحدى الصور، ووجود الاطلاق المحكم في امثال ذلك، والضرورة في النكاح والطلاق فارقة فكيف يقاس بهما ما لاضرورة فيه ولا منافات بين التعليق والمعاقدة عند العقلاء، بل الظاهر انهم لايفرقون بين المعلق وغير المعلق، كما يشهد بذلك الرجوع اليهم، وبعد ذلك لايبقى مجال

وهو ان صح انما يتم فى التعليق على المتوقع ، حيث ان الاثر متأخر وأما التعليق على ماهو حاصل فلايستلزم التأخير

لاصالة عدم الصحة ، وجواب القواعد انه لماذا لايكون الرضا الا مع الجزم كما ان جواب الشيخ و العلامة ان الدليـل اطلاق الادلة بعد كون العقلاء لا يفرقون بين المعلق والمنجز.

أما مسألة تقديم الانشاء على المنشاء ففيه ان الانشاء خفيف المؤنة ، ومتعلق العقد أو الايقاع قد ينشأ حالا وقد يجعله انشاءاً في المستقبل ولذا قال المستمسك ان التعليق في العقود والايقاعات ثابت في الشريعة مثل الوصية التمليكية والعهدية والتدبير والنذر والعهد واليمين اجماعاً ، بل ضرورة عنـد أهل العلم مع انه راجع الى تعليق المنشأ لاتعليق نفس الانشاء، فقول القائل: بعتك اذا جاء رأس الشهر، يراد به تعليق البيع على مجيء رأس الشهر لا تعليق انشاء البيع عليه ـ انتهى.

والانصراف الى المتعارف غير وجيه، اذلاوجه للانصراف بحيث ينصرف وجه اللفظ بما لايعد المعلق فرداً .

وأن شئت قلت: الانصراف ـ لو سلم ـ فهو بدوي ، ولذا قال المصنف: (وهو ان صح انما يتم في التعليق على المتوقع، حيث ان الاثر متأخر ، وأما التعليق على ماهو حاصل) فيما اذايعلم بحصوله (فلا يستلزم التأخير ،) فلماذا ذكروا بطلانه ايضاً ، كما تقدم نقله عن المسالك وغيره.

بل فى المتوقع ايضاً اذا كان بنحو الكشف بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالى لايكون الاثر متأخراً نعم لوقام الاجماع على اعتبار العلم بتحقق الاثر حين العقد تم فى صورة الجهل لكنـــه غير معلوم

(بل في المتوقع أيضاً اذا كان بنحو الكشف) على نحو الشرط المتأخر (بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي) فالانشاء والمنشأ في الحال، وانما يكون الشرط متأخراً زماناً.

ومنه يعرف وجه النظر في اشكال السيد الجمال على قول المصنف [وجوده الاستقبالي] بان هذا من فروع ما تخيله من الواجب المعلق ، ولايرجـع الى محصل ـ انتهى .

اذ فيه انه لااشكال فيه عقلا أو شرعاً، فيشمله اطلاق الادلة فـ (لايكون الاثر متأخراً،) نعم يرد عليه ماذكره المستـمسك بانه خارج عن محل كلامهم فى مانعية التعليق على المتأخر.

وكيف كان، فما ذكره الماتن صحيح في نفسه.

(نعم لو قام الاجماع على اعتبار العلم) علم العاقد (بتحقق الاثر حين العقد تم) شرط التنجيز (في صورة الجهل،) أى صورة التعليق على الشرط المقارن (لكنه) أى الاجماع (غير معلوم) فانه وادعى الاجماع على شرط التنجيز لكنك قـد عرفت الأشكال فيه بانه محتمل الاستناد ان تم صغراه ، ولـذا كان المحكى عن الحدائق الرجوع الى اصالة عدم الشرطية، وعن الكفاية نسبة الحكم الى المشهور.

ثم على فرض البطلان لامانع من جواز التصرف ونفوذه من جهة الاذن لكن يستحق حينئذ اجرة المثل لعمله الا ان يكون الاذن مقيداً بالصحة فلايجوز التصرف أيضاً.

(ثم على فرض البطلان لامانع من جواز التصرف) تصرف العامل الذى ضارب المالك معه بنحو التعليق (ونفوذه من جهة الاذن،) لان المالك له عقد، وله اذن، وليس الاول مقيداً للثاني ، فاذا بطل العقد بقي الاذن الموجب لصحة تصرف العامل ، و لذا احتمل في القواعد ان مع فساد الوكالة لتعليقها على الشَرط، بقاء الاذن المسوغ للتصرف، وجعله التذكرة أقرب، والعلة فى الوكالة آتية فى المقام أيضاً.

نعم، ان احتمل ان الاذن كان مقيداً لم يجز التصرف، لانه لايجوز التصرف في مال الناس الابرضاهم.

(لكن) العامل (يستحق حينئذ اجرة المثل لعمله) لان الحصة المسماة قد ذهبت ببطلان العقد، فاذا استوفى المالك عمل العامل بالبدل ـ حسب قصدهما ـ كان له اجرة المثل عليه، ويأتي في المقام احتمال أقل الامرين من الاجرة والحصة على ما تقدم في بعض المسائل السابقة .

(الا ان يكون الاذن مقيداً بالصحة) فحيث لاصحة لا اذن، فلا يصح التصرف واذا ذهب كان له نماء عمله فقط على ما اخترناه من ان النماء تابع للمال و العمل معاً .

(فلايجوز التصرف أيضاً) أي كما لاصحة للعقد، واذا شك في انه بعد

الثالثة: قدمر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالك وأما العامل فلايشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء نعم بعد حصول الربح منع من

بطلان العقد، هل بقى الاذن أم لا؟ كان المرجع عدم الاذن، لانه أمر حادث لم يعلم وجوده بعد العقد، حاله حال ما اذا انتهى زمن العقد، كما لو كانت مدة المضاربة سنة وانتهت مثلا .

ومن ذلك يعرف، وجه النظر في قول المستمسك: ومع الشك يرجع الى اطلاق العقد الموجب لاطلاق الاذن ـ انتهى .

ولو تصرف بزعم الاذن فقال المالك لم يكن للاذن اطلاق بل كان مقيداً بالعقد كان القول قوله لانه لايعرف الامن قبله وقد سبق في بعض المسائل السابقة تصديق قول من لايعرف الامن قبله، بل جعله الفقهاء قاعدة ، وعليه فاذا لم يكن ربح لاشيء للعامل، واذا كان ربح كان له بقدر عمله لا بقدر الاجرة ولا بقدر الحصة، لان الحصة انتفت بانتفاء العقد ، والاجرة لا مجال لها مع عدم وجود الاذن ، والله سبحانه العالم .

(الثالثة: قدمر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك) لوضوح إن المحجور لايجوز له التصرف في ماله .

(وأما العامل فـ) انه وان مر اشتراط عدم حجره، لكن الظاهر انه (لايشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء ،) فانهم حقهم في مال الفلس لا في جسده .

(نعم بعد حصول الربح) الذى قد تقدم انه يملك الحصة بمجرد حصوله (منع من التصرف) في مجموع المال، لانه مشترك بينه وبين المالك ، وكما

التصرف الا بالاذن من الغرماء بنـــاءاً على تعلق الحجر بالمال الجديد

الرابعة : تبطل المضاربة بعروض الموت كمامر أو الجنون أو الاغماء كمامر فى سائر العقود الجائزة

يمنع المفلس من التصرف في مـاله الخاص يمنع من التصرف في المـال المشترك .

(الا بالاذن من الغرماء بناءاً على) ماهو الصحيح من (تعلق الحجر بالمال الجديد) لوحدة المناط في المال القديم والجديد ، وان اشكل عليه بعض ، و تفصيل الكلام في ذلك في كتاب الحجر .

نعم، لو افرزت حصته جاز له التصرف في مال المضاربة بعد الافراز ، لان المال للمالك لاله ، فلا مانع من تصرفه ، اذ ليس المال متعلق الحجر .

(الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت) لاحدهما (كما مر أو الجنون أو الاغماء كما مر في سائر العقود الجائزة) ولادليل على ذلك الا الشهرة المحققة عندهم ، والوفاق الذى ادعاه المسالك في شرح قول الشرائع تبطل الوكالة بالموت والجنون والاغماء من كل واحد منهما، قال: هذا موضع وفاق ولانه من أحكام العقود الجائزة۔ انتهى .

وعلله غير واحد، كما في التذكرة بخروجه حينئذ عن التكليف وسقوط اعتبار تصرفه وعباراته في شيء .

وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً او ادوارياً وكذا فى الاغماء بين قصرمدته وطولها فان كان اجماعاً والافيمكن ان يقال بعدم البطلان فى الادوارى والاغماء القصير المدة فغاية الامر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما

(وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو ادوارياً) دوراً قصيراً أو طويلا .

(وكذا في الاغماء بين قصر مدته وطولها) وانما كان ظاهرهم ذلك لاطلاقهم البطلان (فان كان اجماعاً) محققاً غير محتمل الاستناد فهو (والا) وهو الاظهر اذ لاقطع بصغرى الاجماع وكبراه مشكله لظهور استنادهم الى ما تقدم من العلة .

(فيمكن ان يقال بعدم البطلان في الادوارى والاغماء القصير المدة) فيهما والفارق بين قصر المدة وطولها فيهما عدم شمول الاطلاقات لطويل المدة ، كما اذا اجن سنة أو اغمى عليه كذلك ، فان العرف يرى انهما كالنوم القصير مدته حسب المتعارف، بل النوم الطويل المدة كثلاثة أشهر ايضاً، غير مشمول للاطلاق فحاله حال طويل المدة منهما .

واما لو شك في انه طويل أو قصير ؟ كان المرجع العرف الذى يرى ان مثله مشمول للاطلاق ، أو الاطلاق منصرف عنه .

(فغاية الامر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما) للمالك، من العامل ، أما العامل حال حصولهما له، فلا اشكال ولاخلاف في عدم نفوذ تصرفه .

واما بعد الافاقة فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد سواء كانا فى المالك أو العامل

أما الاول: أي وجه [غاية الامر] ان المالك حيث لاحق له في التصـرف بنفسه ، لاحق له في التصرف من العامل باذنه المضاربي ، اذ الوكيل كالاصيل.

وأما الثاني [أي العامل حال حصولهما له] فلان المجنون والمغمى عليه لاينفذ تصرفه، كعدم نفوذ تصرف النائم والسكران بالاجماع ـ الافيما استثنى من تزويج السكرى نفسها ـ لكن ربما يستشكل في عدم نفوذ تصرف العامل حال جنون أو اغماء المالك، لعدم التلازم بين عدم صحة عمل المالك وعدم حصة عمل العامل ، فكما انه اذا نام الاصيل صح للوكيل العمل ، ولا تلازم بين عدم صحة عمل الاصيل النائم وعدم صحة عمل وكليه ، كذلك المقام .

وكيف كان ، فمقتضى القاعدة عدم صحة تصرف المغمى عليه والمجنون أصيلا وعميلا .

واما عدم صحة تصرف العميـل حال جنون واغماء المالك ـ قصيراً ـ فلادليل عليه، سواء حال حصولهما للاصيل أو بعده .

(وامابعد الافاقة فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد سواء كانا في المالك أو العامـل) ولذا قال المستمسك : وان كان في الموكل فهو لايقتضى بطلان الوكالة، وعدم صحة تصرف الوكيل في حاله فضلا بعد الافاقة، فالبطلان لاتقضيه القواعد العامة، ولذا حكى عن جامع الشرائع عدم البطلان بالجنون ، وكذا في الاغماء ساعة، ولذا سكت عن المتن أعاظم المعلقين كالسادة ابن العم والجمال والبروجردي وغيرهم .

وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما

(وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما) وذلك لان المضاربة اذن والمالك اذاكان سفيهاً، فكما لايحق له التصرف بنفسه لايحق له التصرف بوكيله، والعامل اذا سفه لايحل له التصرف في الاموال، فانه ممنوع من التصرف في مال نفسه، فكيف لايمنع من التصرف في مال غيره، وقد قال سبحانه: «ولاتؤتوا السفهاء اموالكم» (١).

وفي المستمسك بعد نقله بطلان وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف عن الشرائع والقواعد وغيرهما ، قال: ويظهر منهم التسالم عليه ولولاه لاشكل ذلك بأن الحجر على الموكل لسفه ، انما يمنع تصرف الموكل لاتصرف الوكيل اذاكان توكيله في حال الرشد ، وفي بعض الحواشي عدم المانع من سفه العامل، وانما المانع في سفه المالك.

أقول : لادليل على ان سفه العامل مانع والاجماع غير مسلم ان لم يكن مسلم العدم، والاية يراد بها ماله لامال غيره، وهل يمنع الانسان ان يعطى ديناراً للسفيه ليشترى ويبيع الماء اذا ربح فهو واذا خسر كان ذلك بثواب أمواته حيث أعطى الماء للعطاشى بثمن أقل فتأمل .

وأما المالك، فاذا كان له وكيل رشيد يدبر أمواله، وقد ضار به في حال رشده، حيث لايمنع من التصرف، فأي مانع من بقاء مضاربته، والمضاربة عقد كالاجارة ونحوها الاعتبار فيها بحال العقد ، كما تقدم مثله في الفرع السابق .

وعليه فمقتضى القاعدة عدم البطلان فيهما ، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل .

---

(١) سورة النساء : آية /٥ .

أو الحجر للمفلس فى المالك أو العامل أيضاً اذا كان بعد حصول الربح الامع اجازةالغرماء

الخامسة : اذا ضارب المالك فى مرض الموت صح وملك العامل

(أوالحجر للفلس في المالك أوالعامل أيضاً) لانه بالحجرعلى المالكيقع أموالهتحت نظرالحاكم، فلايحق لنفسهالتصرف فيها بنفسه أووكيله، وبالحجر على العامل لايحق له التصرف فى مال نفسه فكيف بمال غيره، وفيه: ماتقدم في السفه ، فان الحجر يمنع تصرف المالك لا المضارب العامل للمحجور فانها معاملة كالاجارة ، فاي أثر للحجر فى بقائها وعدمه ، وقد عرفت الجواب عن الاشكال فى العامل اذاحجر مماتقدم، ولذا قال جمع من المعلقين انحجر العامل لايمنع تصرفه ولايبطل المضاربة، قال ابن العم: الظاهرعدم بطلان المضاربة في صورة حجرالعامل بالفلس، وقال السيدالبروجردى: تفليس العامل بعد ظهور الربح لايبطل المضاربة ، بل فى منعه من التصرف أيضاً اشكال.

أقول : فى اشكاله اشكال، ولذا قال المصنف: (اذا كان بعد حصول الربح الامع اجازةالغرماء) وذلك لانماله الجديد يكونموضع الحجر ، كماله القديم۔ على ماتقدم ـ.

نعم، من رأى ان ماله الجديد لايكون موضع الحجركانله اجازة العمل ، لان ربحه الجديد ليس موضع الحجر، فلاوجه لمنعه عن التصرف .

(الخامسة : اذا ضارب المالك في مرض الموت صح) للعمومات الشاملة لمضاربته، وكذا اذا ضارب العامل فىمرض الموت دون حصته (وملك العامل

الحصة وان كانت أزيد من اجرة المثل على الاقوى من كون منجزات المريض من الاصل بل وكذلك على القول بانها من الثلث لانه ليس مفوتاً لشيء على الوارث اذ الربح أمر معدوم وليس مالا موجوداً للمالك وانما حصل بسعي العامل

الحصة وأن كانت أزيد من اجرة المثل) كما يملك المالك الحصة ، وان كانت أكثر من حقه ـ فلاحق للعامل فى الزائد بعد قراره ـ في الثاني (على الاقوى) فيهما (من كون منجزات المريض من الاصل) حيث لافرق بين المريض وغيره من هذه الجهة .

(بل وكذلك على القول بانها من الثلث) كما ذهب اليه جمع، وقد صرح غيرواحد بمافى المتن، بل عن صريح مجمع البرهان، أوظاهره انه لاخلاف فيه، وان تأمل فيه بعض السادة المعلقين، وفى اطلاق تأمله نظر، اذلو كان تأمل لزم ان يكون فيما اذا زاد الزائد من حقه على الثلث ، والافمقتضى القاعدة ان الزائد يخرج من الثلث.

وكيف كان، فقد عللوا الصحة حتى على القول بأن المنجزات من الثلث بماذكره الماتن بقوله: (لانه ليس مفوتاً لشيء على الوارث اذالربح أمر معدوم وليس مالا موجوداً للمالك) حتى لايجوز التعدي فيـه عن الثلث ـ على هذا القول ـ (وانما حصل بسعي العامل) لكن لايخفى مافى هذا التعليل، لان الربح نماء المال، فتمليكه المحاباتي تضييع على الوارث يشمله دليل المنع اذاكان أكثر من الثلث الا باجازة الوارث، أما بالاطلاق أو المناط، ولذا أشكل على الماتن

السادسة : اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً أو جاهلا بكونه ليس لـه

غير واحد من المعلقين ـ بناءاً على ان المنجزات من الثلث ـ كالمستمسك وغيره .

ومنه يعلم، حال ماإذا ضارب العامل دون حقه ، فانه محاباة بماله للمالك فيشمله الاطلاق أو المناط، اللهم الا ان يقال: بين المالك والعامـل فرق ففي المالك يكون التنازل عن المال [الذي هـو نماء المال] وفي العامل تنازل عن العمل وليس العمل مشمولا لادلة منجزات المريض، فكما يحق للمريض التبرع بعمل لانسان يحق له أخذ أقل من حقه منه ، وهذا هو مقتضى القاعدة .

و من الكـلام في المقام يعرف الكـلام فى طرفى المزارعة و المساقات والاجارة ـ فيمن استأجر أجيراً ـ والوكالة باجرة والجعالة وغيرها، حيث لايصح لباذل المال الزيادة ـ اذازادت عن اجرة المثل وعن الثلث ولم يجز الوارث ـ ويصح لباذل العمل النقيصة .

(السادسة : اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب) والتبين طريقى ـ كما لايخفى ـ والا فالمعيار عالم الثبوت (سواء كان غاصباً أو جاهلا بكونه ليس له) والمراد بالجاهل عذره فـى تصرفه ، اذ من الواضح ان الغاصب أعم من الجاهل .

والحاصل: عدم كون المال له، سواء كان عالماً بذلك أوجاهلا أو ناسياً أو غافلا، وسواء كان غصبه مع العلم حراماً أولا للاضطرار ونحوه.

فان تلف في يد العامل أو حصل خسران فلمالكه الرجوع على كل منهما فان رجع على المضارب لم يرجع على العامل

(فان تلف فيِ يدالعامل أوحصل خسران فلمالكه الرجوع على كل منهما) والمراد بحصول الخسران انه تاجر فخسر، لان المعاملة صحيحة ،كما فرض المستمسك فاشكل على الماتن.

والحاصل : ان مراد الماتن ان النقص سواء بالتلف الخارجي، أو التلف التجاري ـ وان كانت التجارة في نفسها باطلة لعدم الاجازة ـ يسلط المالك على الاخذ من أي منهما بالاضافة الى الباقي من ماله الذي لم يتلف: وذلك لعموم على اليد، ولايتوى وما أشبه مما يشمل كلا منهما، وقد حقق في محله ان الضمان ليس تابعاً للعلم والعمد ، بل يشمل وان كان الاتلاف اضطرارياً، الافيما كان اذن من الشارع مثل القاء الامتعة في البحر عندخوف غرق السفينة ، كماذكرنا .

(فان رجع)المالك (على المضارب لم يرجع على العامل) وقدذكره العلامة في بعض كتبه وغيره، وعللوه بأن العامل أخذه من المضارب على وجه الامانة، وليس على الامين شيء، لكن في القواعد وغيره التفصيل في المسألة بين علم الثاني فيرجع الاول عليه، وبين جهله فلايرجع الاول عليه، وعلله بانه مع العلم قد استقر التلف في يده .

وكذا ذكر السيد البروجردي وبعض المعلقين الاخر بانه مع علم الثاني يرجع المضارب اليه .

وكيف كان،فللمسألة صور أربع، لان المضارب أماعالم أوجاهل، وعلى

وان رجع على العامل رجع اذاكان جاهلا على المضارب وان كان جاهلا أيضاً لانه مغرور من قبله

كل حال، العامل أماعامل أوجاهل، فان كانا عالمين رجع المضارب الى العامل لشمول على اليد له، فقد أتلف مال الغير وهو عالم، فاذا أخذ الغير ماله من المضارب طلب المضارب بدله ممن تلف في يده، لانه في الحقيقة اعطاء من المتلف الى المالك ـ لكن بواسطة المضارب ـ وان كان العامل فقط عالماً رجع المضارب اليه، كما ذكر في الصورة الاولى، وان كانا جاهلين، فالظاهر عدم رجوع المضارب لان المضارب غر العامل فلايرجع الغار الى المغرور، لانه خلاف المغرور يرجع الى من غر ـ وهو حديث نبوى معمول به، بل مجمع الاستناد اليه فهو حجة ـ فاذا كان المغرور يرجع الى من غرلم يرجع الغار على المغرور، واطلاقه شامل لما اذا كان الغار عامداً أم لا؟ فاذا زعم زيد ان الطعام لنفسه فاعطاه لعمرو وعمرو جاهل بانه ليس لزيد فأكله لم يرجع زيد الى عمرو بثمنه اذا رجع مالك الطعام الى زيد، فان دليل الغرور حاكم على دليل اليد، وان كان المضارب فقط عالماً لم يرجع الى العامل لما ذكر في صورة جهلهما.

(وان رجع) المالك (على العـامل رجع) العامل (اذا كان جاهـلا على المضارب وان كان جاهلا أيضاً) أما في صورة علم المضارب فلانه غر العامل والمغرور يرجع الى من غر واما في صورة جهل المضارب فـ(لانه مغرور من قبله) حيث أوهمه المضارب ان لاخسارة عليه، كما تقدم في مسألة رجوع المالك الى المضارب، ولايخفى ان عدم رجوع العامـل الى المضارب في صورة التلف والخسران انماهو اذا لم يكن التلف والخسران بتعد أو تفريط والا لم يرجع،

وان حصل ربح كان للمالك اذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله وللعامل اجرة المثل على المضارب مع جهله

اذ ليس مغروراً حينئذ ، فان المضارب لم يرفع التلف عن عاتقه اذا تعدى حتى يصدق عليه المغرور

(وان حصل ربح كان للمالك) فقط عند المصنف، بل المشهور الذين يرون الربح ناتج المال (اذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله) فانه اذا لم يجز لم تكن معاملة حتى يكون ربح، كما ان المالك اذا أجاز نفس المضاربة كان الربح بينه وبين العامل على حسب ما قرر في المضاربة ـ كذا ذكره المستمسك ـ .

لكن بناءاً على ما تقدم من ان الربح حاصل المال والعمل اذا كان للمضارب مدخلية في الربح عرفاً لم يستبعد ان يكون له شيء بقدر حقه .

ومنه يعلم، وجه النظر في قوله: (وللعامل اجرة المثل على المضارب) اذ الربح بين المالك والعامل، فلماذا يكون شيء على المضارب ؟ بل اللازم ان يكون الربح مقسماً بين المالك والعامل، وعليه فلا مجال لقوله: (مع جهله) اذ الربح وليد الامرين حتى مع العلم .

وكيف كان فالصور أربع فانه اذا ربح واجاز المالك البيع ـ لا المضاربة ـ فأما المضارب و العامل عالمان أو جاهلان أو احدهما عالم والاخر جاهل ـ بصورتيه ـ فاذا كانا عالمين كان للعامل مقدار حقه ـ لا الاجرة ولا المقدار المبني عليه بين المضارب وبينه ، اذ الاجرة قد تكون دون الحق، وقد تكون فوقه ، بالاضافة الى انه لاوجه للاجرة لانها تكون تابعة للاجارة ولم تحصل وانما قلنا

والظاهر عدم استحقاقه الاجرة عليه مع عدم حصول الربح لانه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله كما انه لا يرجع عليه اذا كان عالماً بأنه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذ .

كان له مقدار حقه لماسبق من ان الربح تابع للمال والعمل معاً ، وان كان العامل عالماً كان كذلك، لان المضاربة لما كانت باطلة لم يكن له الا مقدار حقه .

وان كانا جاهلين ، فالظاهر انه اذا كان مقدار حقه العملي أقل من مقدار حقه المضاربي ، لم يكن له الرجوع الى المضارب بالتفاوت ، مثلا ضاربه على ان يكون له نصف الربح وحقه العملي الذي استوفاه من المالك ربع الربح فانه ليس له الرجوع الى المضارب بالربع الاخر [بزعم انه مغرور لانه دخل لان يكون له النصف، فاللازم اعطاء الغار التفاوت] وذلك لان زعمه ان له النصف لا يوجب زائداً على حقه، فهو ليس بمغرور بالنسبة الى الزائد من حقه [الذي زعم انه له حسب القرار المضاربي].

ومنه يعلم حال ، ما اذا كان العامل جاهلا دون المضارب .

(والظاهر عدم استحقاقه) أي العامل (الاجرة عليه) على المضارب (مع عدم حصول الربح لانه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله) فهو الذى أهدر حقه كالذى يلقى متاعه في الشارع معرضاً عنه، حيث يسقط ملكه عنه، وقد تقدم تفصيل الكلام في ذلك في المسألة الثامنة والاربعين فراجع .

(كما انه لا يرجع عليه اذا كان عالماً بأنه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذ) كان الاولى ان يقول: انه هتك احترام عمله، لانه تبرع به، وكأنه أراد لازم الهتك واذهاب الاحترام ، وقد تقدم الكلام في هذا الفرع أيضاً .

السابعة : يجوز اشتراط المضاربـة في ضمن عقد لازم فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط ولكن لكل منهما فسخه بعده

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك انه لم يقصد التبرع، وانما قصد الربح ولو تشريعاً، فيكون المضارب قد استوفى عمله فعليه ضمانه الى آخره، فان قصد الربح مع العلم لا ينفع.

(السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم) بان يشترط ايقاع عقد المضاربة، ولذا قال: (فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط) اذا كان الشرط ذلك، والأمر من شرط مثلا قد يبيع زيد لعمرو داراً بشرط ان ان يضارب معه في التجارة، وقد يشترط ان يضارب مع ابنه في التجارة، ولا فرق في وجوب العمل بالشرط ان يشترط عليه ان يكون مالكاً في المضاربة ،أو ان يكون عاملا.

ثم الظاهر لزوم ان يكون حدود الشرط معلوماً،أما اذا كان غير معلوم يبطل الشرط ، اذ المضاربـة بكم ولكم مدة ، وما الـى ذلك لها سعة كبيرة اذا لم تحدد بالحدود العقلائية بطل الشرط لانه غرر، وقد نهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن الغرر، لكن بطلان الشرط لا يستلزم بطلان العقد وانما يعطي للشارط حق الخيار .

وكيف كان، فمن ما تقدم يظهر وجه النظـر في قول السيد البروجردى : حقيقة المضاربة غير قابلة للاشتراط كذلك وايقاع عقدها غير مقصود للعقلاء اذ فيه ان ايقاع عقدها المتعقب بالعمل اذا لم يفسخ مقصود للعقلاء .

(ولكن لكل منـهما فسخه بعده) اذ المضاربة جائـزة والشرط كان العقد

والظاهر انه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله الى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما نظير شرط كونه وكيلا فى كذا فى عقد لازم وحينئذ لايجوز للمشروط عليه فسخها

بموازينـه وقد و فى المشروط عليه بالشـرط ، هذا اذا لم يكن الشرط العقد المتعقب بالعمل والا نافى الفسخ الشرط مما يعطى للشارط حق فسخ تلك المعاملة اللازمة .

(والظاهر) من اطلاق أدلة الشرط الشامل للمقام (انه يجوز اشتراط عمل المضاربـة على العامل) بدون اجراء عقدها (بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله الى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما) بالتناصف أو غيره، لكن هذا لا يكون مضاربة شرعية ، ولا تترتب عليه أحكام المضاربة ، فهو من قبيل شرط النتيجة الذى يصح أحياناً ، ولا يصح أحيـاناً، مثل شرط ان تكون زوجية بلا عقد أوتخرج عن حبالته بلا طلاق الى غير ذلك، فهو (نظيرشرط كونه وكيلا في كذا) في عقد لازمفقد يشترط اجراء عقد الوكالة ،وقد يشترط العمل الخارجى المتـرتب احياناً على الوكالة العقدية ، و عليه فاذا شرط عقد الوكالةوعقدها كان له الفسخ، لانالوكالة عقد جائز وقد فعل ما شرط واحتمال لزوم العمل في الجملة في الوكالة والمضاربة، على ماذكره بعض المعلقين لان صرف العقد ليس مقصوداً للعقلاء غير تام، اذ قد يكونصرف العقد مقصوداً.

(وحينئذ) اذا كان الشرط عمل المضاربة ـ لاعقدالمضاربة ـ (لايجوز)أى لايصح (للمشروط عليه فسخها) اذ ليس عقداً حتى يقبـل الفسخ ، بل اللازم

كما في الوكالة .

الثامنه : يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول : اذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه

على المشروط عليه العمل (كما في) شرط (الوكالة) عملا حيث لا يقبل الفسخ .

(الثامنة: يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول: اذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه) أويقول : من اتجر بهذا المال وربح فله نصفه، وذلك لاطلاق أدلة الجعالة الشاملة للمقام ، والفرق ان الجعالة ايقاع ، و المضاربة عقد ، وهذا الذى ذكره الماتن هو الذى سكت عليه المعلقون ممن وجدت تعليقاتهم الا السيدان البروجردى والحكيم.

فقال الاول: ان قلنا بصحة الجعالة مع عدم معلومية الجعل بحسب الكمية وعدم وجوده حال عقدها وهو محتاج الى التأمل .

وفيه: ان لاوجه للتأمل بعد كون الامر عقلائياً، ولم يردع عنه الشارع، و احتمال انه غرر،فيشمله نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، غير تام،اذ ليس غرراً عرفياً،وقد ذكرنا في بعض مباحث الكتاب انما ذهب اليه الشيخ المرتضى[ره]من اخصية دائرة الغرر الشرعى عن الغرر العرفي بحاجة الى التأمل، لان الشارع لم يبين الموضوع ،فاللازم أخذه من العرف فلا يكون بينهما الا التساوى.

وقال الثاني : المضاربة مخالفة لقاعدة كون الربح لصاحب الاصل التى هي مقتضى المعاملة، ولكن بنى عليها للدليل الخاص وهذا الدليل لم يكن في

فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة ولايلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولا جهالة لاتوجب الغرر

الجعالة، وعليه فلا تصح في المقام لمخالفتها، لقاعدة لزوم رجوع الربح الى المالك .

وفيه أولا : قد تقدم ان مقتضى القاعدة كون الربح لهما المالك والعامل، فليست المضاربة مخالفة للقاعدة.

وثانياً: ان الجعالة أمرعقلائي فتصح، وأن سلم كلامه فى المضاربة وعليه فلا فرق بين الصورة المذكورة في المتن، وبين ان يقول: اتجر بهذا المال، فاذا ربحت اعطيتك حصة من الربح، وكذا يصح جعل الامر صلحاً، كأن يقول صالحتك على ان تعمل بهذا المال على ان يكون نصف الربح لك، وذلك لانه امر عقلائى أيضاً، والشارع لم يردع عنه، فيشمله اطلاق دليل الصلح.

وكيف كان (فيكون) ما ذكره الماتن (جعالة تفيد فائدة المضاربة) بشرط ان يكون بشروط الجعالة كأن يكون له جعل ولا يكون غرراً عرفياً ، ويكون كل منهما بالغاً عاقلا، الى آخر الشروط المذكورة هناك.

(ولا يلزم ان يكون جامعاً لشروط المضاربة) لانه ليس مضاربة، كما انه اذا اوقعاه صلحاً لزم توفر شروط الصلح فيه، لاشروط المضاربة والجعالة.

(فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين) واشكال بعض المعلقين فى ذلك غير ظاهر الوجه (أوديناً أومجهولا جهالة لاتوجب الغرر) اذ الغرر منهى

وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين

التاسعة : يجوز للاب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها

عنه مطلقاً فيشمل الجعالة وقد تقدم الكلام حول هذا الشرط وما قبله في شروط المضاربة.

(وكذا) لايشترط شروط المضاربة العقدية (في المضاربة المشروطة في ضمن عقد) لازم (بنحو شرط النتيجة) كما تقدم في المسألة السابقة و قول المستمسك هذا غير ظاهر ، اذ المضاربة مفهوم واحد ، ولا فرق بين جعله بالاصالة وبالتبعية، وكل مايعتبر في الاول يعتبر في الثاني، فلو شرط في حال فقد الشرائط كان الشرط مخالفاً للكتاب فيكون باطلا ـ انتهى.

غير ظاهر الوجه ، اذ الكلام ، في جعل الشرط نتيجة المضاربة لا عقد المضاربة والشرائط المعترة انماهي في عقد المضاربة، ولذا سكت على الماتن كافة المعلقين الذين ظفرت على تعليقاتهم .

(فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين) ان قلنا باشتراطه في المضاربة حيث قد تقدم استظهار عدم الاشتراط، وكذابالنسبة الى سائر الشروط الخاصة بالمضاربة، مثل كون الربح نسبة لاقدراً خاصاً ، الى غير ذلك .

(التاسعة: يجوز للاب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها) مع نفسه بعنوان الولاية، لكن اللازم مراعات المصلحة لهما ،

بل مع عدمه أيضاً بأن يكون بمجرد الاذن منهما وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل

أو عدم المفسدة على الاختلاف في تصرفهما في شئونه، واحتمال لزوم تعدد الموجب والقابل ، بالاضافة الى انه غير ظاهر الوجه حتى في النكاح يمكن تداركه بتوكيل الاب والجد انساناً عنهما، أو عن الصغير ليكون العاقدائنين ، كما يصح جعل نفسهما مالكاً، والصغير عاملا، اذ قد تقدم عدم بعد ذلك بالنسبة الى الصغير ، وكذلك يصح جعل الجعالة مكان المضاربة ، كما قد تقدم في المسألة الثامنة .

(بل مع عدمه أيضاً) بأن يكون على نحو المعاطات فقول المستمسك : و حينئذ لايكون مضاربة لم يعرف وجهه، اللهم الا ان يريدان المصنف أراد ذلك بقرينة قوله: (بأن يكون بمجرد الاذن منهما) فيرد على المصنف انه لم يذكر المعاطاة الا اذا أراد بالعقد الاعم من اللفظي والعملي .

(وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير) لاطلاق ولايتهما الشاملة لذلك (على أن يكون الربح مشتركاً بينه) اي المولى عليه (وبين العامل) أوله حصة ايضاً لاشرافه ، وكذا لهما الاذن للغير في المعاملة بماله ولهما جعله معاطاة ، وعليه فصور كون المال للصغير ستة ، العقد المضاربي والمعاطاة والاذن لهما أو للغير ، ومعنى الاذن لانفسهما الالتفات الى انه مال الصغير يتعاملان معه، و الربح بينهما، واذا صح جعل الصغير عاملا جائت الاقسام الستة هنا أيضاً .

وكذا يجوز ذلك للوصى فى مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والامن من هلاك المال

العاشرة : يجوز للاب والجد الايصاء بالمضاربة بمال المولى عليه بايقاع الوصى عقدها لنفسه أولغيره مع تعيين الحصة من الربح أوايكاله اليه وكذا يجوز لهما الايصاء بالمضاربة فى حصة القصير من تركتهما

(وكذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والامن من هلاك المال) هذا عطف تفسير، وذلك على ما ذكروا في مطلق تصرفاته في مال الصغير.

قال سبحانه: «ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن» [1].

وكذا يجوز للحاكم ووكيله بالنسبة الى مال المجانين والغيب وما أشبه لادلة الولاية ـ على الحدود التي ذكروها في ولاية الفقيه ـ .

(العاشرة: يجوز للاب والجد الايصاء بالمضاربة بمال المولى عليه) بأن يوصيا (بايقاع الوصى عقدها) وذلك لاطلاق أدلة ولايتهما حتى للوصية بشئون المولى عليه، وكذا يجوز لهما الوصية بالعمل المضاربي على نحو النتيجة، بدون العقد ـ كما تقدم ذلك في غير مال الصغير ـ (لنفسه) بأن يكون العامل عاملا للصغير (أو لغيره) أو لهما (مع تعيين الحصة من الربح أو ايكاله اليه) أي الى الوصي ليعمل حسب المصلحة .

(وكذا يجوز لهما الايصاء بالمضاربة في حصة القصير من تركتهما) وهذا

---

(١) سورة الأنعام الآية/١٥٢ .

بأحد الوجهين كما انه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة الى الثلث المعزول لنفسه بأن يتجر الوصى به أو يدفعه الى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت فى المصارف المعنية للثلث

بخلاف السابق، حيث كانت الوصية بالنسبة الى مال المولى عليه المملوك حال الوصية، وكذا يجوز قسم ثالث وهو ما اذا يحصل المولى عليه ما لا في المستقبل لا من تركة الاب والجد كان يوصى بالمضاربة بما يحصله من ارث امه أو ما يحصله جائزة على درسه مثلا (بأحد الوجهين) لنفسه أو لغيره الى آخره .

وكذا المضاربة ونتيجة المضاربة ، ولم يعلم وجه لاشكال السيد الجمال بأن الايصاء ـ مطلقاً ـ لايخلو من اشكال، الا ان يقال انه لا اطلاق في دليل ولايتهما يشمل مثل هذا الايصاء ، وفيه: انه بالاضافة الى الاطلاق يدل عليه ما يأتى من الخبرين .

(كما انه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة الى الثلث المعزول لنفسه) وهما من باب المثال، والافلا فرق بين الاب والجد وغيرهما في هذا، وانما نقول به لاطلاق أدلة الوصية الشاملة للمقام أيضاً ، واحتمال ان الثلث غير مملوك لاحد ولامضاربة الا في المملوك مردود بأن الملك أمر اعتباري ، والعرف والشرع جعلاه للميت.

(بأن يتجر الوصي به أو يدفعه الى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعنية للثلث) أو يصرفه فيما يراه صلاحاً، أو يشترى بالربح داراً أو دكاناً مثلا، ويصرف ربحه في المصارف، أو يجعل تلك الدار مدرسة للطلاب مثلا، الى غير ذلك مما هو مشمول لاطلاق الادلة .

وكذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار أيضاً

(وكذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار) من الارث (أيضاً) كما ذكره المحقق، وقال في المسالك: المصنف واكثر الجماعة اطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين، وعن الكفاية ان المشهور لم يعتبروا كون الاولاد صغاراً ، وقد استندوا في ذلك الى الرواية الاتية في المسألة والى انه مقتضى القاعدة ، وفي كلا الامرين اشكال، كما سيأتي، وفي قبال هذا القول ما يحكي عن ابن ادريس من المنع حتى في مال الصغار، وكأنه لان ولايتهما تنقطع بموتهما وفيه: ما عرفت واعدل الاقوال هو حق الوصية بالنسبة الى الصغار، والثلث وعدم حقهما بالنسبة الى حق الكبار، لانه خلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم.

نعم لو وصي الأب والجد بالنسبة الى الكبار، وامضو صح، وليس لهم الرجوع بعد الموت لما دل على لزوم الوصية، اذ اقبله الموصى اليه، فانه كما يرفع القبول النفوذ بالنسبة الى نفس الانسان يرفع النفوذ بالنسبة الى ماله .

وعلى هذا، فلو أوصى بالنسبة الى أموال الكبار ولم يجيزوا الوصية ، لا في حال حياته ولا بعد موته، وعمل الوصي بما أوصى كانت المعاملة فضولية ان شائوا أجازوا المضاربة أو البيع الذي تبعها، وان شائوا لم يجيزوا، وقد تقدم الكلام في مثل ذلك في مسألة كون رأس المال لغير المضارب، ولو أوصى الاب والجد والابن صغير وقبل عمل الوصي في ماله بالمضاربة كبر لم يصح له التصرف لانقطاع الولاية بكبره، ولو كبر وجن انتقلت الولاية الى الحاكم الشرعي ـ على ما ذكروا ـ فلا حق للوصي، بل وان اتصل جنونه بصغره، وان اشكلنا على ذلك في بعض مباحث [الفقه] .

ولايضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم الى مدة لانه منجبر بكون الاختيار لهم فى فسخ المضاربة واجازتها كما ان الحال كذلك بالنسبة الى مابعد البلوغ فى القصير فان له أن يفسخ

وحيث قد عرفت الاشكال في الوصية بالنسبة الى مال الكبار تعرف الاشكال في قوله: (ولايضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم الى مدة) اذ سواء كان ضرراً أو ربحاً أوليس احدهما لاحق للميت في الوصية المذكورة ولاحق للوصي فى التنفيذ، هذا بالاضافة الى ان اطلاقه انه ضرر عليهم غير تام، اذ ليس ذلك بلازم الضرر ـ كما أشار اليه المستمسك ـ.

وتعليله بقوله: (لانه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة واجازتها) غير ظاهر الوجه ، لانه ان لم يكن للميت والوصي حق، فلا حق حتى يحتاج الى التعليل، فهو مثل ان يقال بصحة وكالة اجنبي لزيد في المضاربة بمال عمرو فهل يصح ان يعلل ذلك بـ [لانه منجبر...] وان كان للميت حق فهو حقه ،سواء كان انجبار أم لا ؟

ومنه يعلم ان اشكال المستمسك على الماتن بقوله: اذا كانت الوصية اضراراً بالورثة، فهى باطلة بلاحاجة الى الفسخ، لانها صحيحة ويكون للوارث الفسخ ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، لانه اذا لم يكن حق الميت والوصي فلايقع الكلام في انه اضرار أولا؟ بل يكون ذلك حينئذ من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

(كما ان الحال كذلك بالنسبة الى ما بعد البلوغ في القصير فان له أن يفسخ

أو يجيز وكذا يجوز لهما الايصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة بأن يكون هو الموصى به لاايقاع عقد المضاربة لكن الى زمان البلوغ أو أقل وأما اذا جعل المدة أزيد فيحتاج الى الاجازة بالنسبة الى الزائد

أو يجيز) لانه بالبلوغ يملك أمره وتنقطع الولاية عنه ـ كما هو واضح ـ.

ومنه يعلم، ان ذكر المستمسك الاضرار به وعدمه لم يظهر له محل.

(وكذا يجوز لهما) الاب والجد (الايصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة بأن يكون هو الموصي به لاايقاع عقد المضاربة) فيوصي بنتيجة العقد، لا بالعقد نفسه ـ كما سبق مثل ذلك في بعض المسائل السابقة، والمعنا اليه في هذه المسألة .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك :يعنى تكون الوصية انشاءاً للمضاربة بعد الموت نظير الوصية التمليكية التي هى انشاء للتمليك بعد الموت ، غير ظاهر الوجه.

(لكن الى زمان البلوغ أو أقل) اذ لا حق للولي فى الولاية بعد زمان البلوغ (وأما اذا جعل المدة أزيد فيحتاج الى الاجازة بالنسبة الى الزائد) من القصير بعد ان بلغ ، لانه ماله وله الولاية فيه ، وقول المستمسك بأن الوصية اذا لم تكن مضرة نافذة لما بعد البلوغ، غير ظاهر الوجه، اذ نفس الولى لم يكن له ولاية لما بعد البلوغ، فكيف تكون الولاية لوصيه بعد البلوغ ، فان ذلك

ودعوى عدم صحة هذا النحـو من الايصاء لان الصغير لامال له حينه وانما ينتقل اليه بعد الموت ولادليل على صحة الوصية العقدية فى غير التمليك فلايصح أن يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التمليك بعد الموت

مناف لقاعدة سلطنة الناس على اموالهم.[1]

(ودعوى عدم صحة هذا النحو) أي الوصية بنتيجة المضاربة (من الايصاء) الذي ذكره بقوله: بأن يكون هو الموصى به لاايقاع عقد المضاربة.

(لان الصغير لا مال له حينه) أي حين الايصاء (وانما ينتقل اليه بعد الموت) فكيف يوصي الاب والجد بأن يتصرف الوصي في مال الصغير تصرفاً على نحو المضاربة ، فأن الوصية تحتاج الى المتعلق ، ولا متعلق هنا، اذ متـعلقها [مال الصغير] ولا مال للصغير حال الوصية .

(و) ان قلت: كما يصح ان يملك الموصي قبل موته، أي يوجب التمليك كذلك يصح ان يوصي بعمل المضاربة فى مال ولده قبل موته فذاك ايجاب تمليك وهذا ايجاب وصية ومتعلق كليهما [مال نفسه ومال ولده] بعد الموت .

قلت: (لادليل على صحة الوصية العقدية) أي عقد الوصية المتعلقة بالمال (في غير التمليك) فيصح ان يقول: كتابي ملك فلان بعد موتي ولايصح ان يقول: نقد ولدى يضارب به بعد موتي.

(فلا يصح ان يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التمليك بعد الموت)

---

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

مدفوعة بالمنع مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل فى قضية أبن أبى السالمى وموثق محمد بن مسلم المذكورين فى باب الوصية

اذ ثبت ذلك في التمليك ، ولم يثبت ذلك في الوصية بنتيجة عقد المضاربة، و كان المستمسك استظهر من لفظ [الايجاب] فى كلام المصنف انشاء المضاربة ولذا فسر عبارته السابقة [بانَ يكون هو الموصى به] بما ذكره فى شرحه [يعنى تكون الوصية انشاءاً للمضاربة] وأشكل على الماتن هنا: [لان الصغير لا مال له حينه] بقوله: [هذا لا دخل له في الاشكال ..الخ] مع ان الظاهر من عبارة المصنف مافسرناه فراجع كلامه.

(مدفوعة بالمنع) اذ عدم مال للصغير حين الوصية لايمنع ان يوصى بانه لدى حصول المال له يعمل به عمل المضاربة، كما لايمنع من أن يوصى ان يعقد على ماله عقد المضاربة.

فأولا: اطلاق أدلة الوصية يشمله.

وثانياً: (مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية أبن أبي السالمي وموثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية).

والاول حجة ايضاً لرواية المشايخ الثلاثة له، ولانه رواه، من هو من اصحاب الاجماع فقد روي محمد بن أبي عمير عن عبد الرحمان بن الحجاج عن خالد ابن بكر الطويل قال : دعانى أبي حين حضرته الوفاة فقال يا بنى اقض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان فقد تبين أم ولد أبي بعد وفاة ابي الى ابن ابى ليلى فقالت ان هذا كل اموال ولدي قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به، فقال لي ابن ابي ليلى: ان كان أبوك أمرك

. . . .

بالباطل لم أجزه ثم اشهد علي ابن ابي ليلى ان انا حركته فاناله ضامن فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ماترى؟ فقال: أما قول ابن ابي ليلى فلااستطيع رده، وأما فيمابينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان[(١)].

أقول: لعل ابن ابي ليلى رده، لانه ادعى الوصية، وتلك بحاجة الى الشاهد، ولعل الامام عليه السلام قرر ذلك حيث قال: (فيمابينك وبين الله) مثل قتل الانسان زوجته اذا رآها تزني، حيث انه معذور فيمابينه وبين الله ، وان كان يحتاج الى الاثبات عند الحاكم ،كماورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهل الامام أراد بقوله : (لااستطيع رده) انه حكم صحيح أولتقية من القاضي الجائر، أولان المستفتي لايمكن من ان يعمل بالوصية لاذية القاضي له احتمالات، والموثق هو ما رواه المشايخ الثلاثة رحمهم الله،عن محمد بن مسلم، عن ابي عبدالله عليه السلام، انه سأل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال، وان يكون الربح بينه وبينهم فقال: لابأس به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك وهو حي[(٢)].

وظاهر الخبرين ليس ايجاب المضاربة، بل الوصية بعمل المضاربة، كماليس

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا ح/٢ .

(٢) انظر الوسائل : ج/١٣ ص ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا ح/١ . الفقيه : ج/٤ ص ٢٢٨ ح/٥٥٣٨ .

وأما بالنسبة الى الكبار من الورثة فلايجوز بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم

وصية بعقد المضاربة،فما فهمه المصنف ـ حسب مااستظهرناه منه، لاكما فهمه المستمسك منه ـ هو الظاهر والكلام فى تفصيل مافى الروايتين خارج عن محل البحث في المضاربة، ولذا تركناه لموضعه ، وحيث ان ظاهرهما عمل الوصي المضاربة لاوجه لاحتمالات المستمسك فى المراد من عبارة الموصي فراجع كلامـه .

وكيف كان ، فالوصية بالعقد وبالعمل كلاهمـا صحيح (وأما بالنسبة الى الكبار من الورثـة فلايجوز) لابنحو الوصية بالعقـد ولابنحو الوصية بالعمل المضاربي ، كماأفتى بعدم الجواز غيرواحد، لانه خلاف سلطنتهم على أموالهم، والروايتان أوليهما في الصغار، وثانيتهما لااطلاق لها، حيث ان السؤال فيها عن واقعة خارجية والواقعة لااطلاق لها ان لم نقل بأن ظاهرها انهم كانوا صغاراً ، لانه المنصرف فى الوصية بالولد ومالهم، وفى المستمسك: لايبعد وحدة الواقعة المحكية بالخبرين .

ثم ان المصنف فصل بين ماتقدم فاجازه بالنسبة الى الكبار وبين هذا النحو فقال: لايجوز (بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم) وكأنه ـ بعد تسليمه صحة هذه الوصية من جهة الرواية الخاصة ـ لان الوصية السابقة بالعقد، والعقد الذي يختار الكبير فسخه لاضرر فيه، وهذه الوصية بالاتجار ، والاتجار لايمكن فسخه الابعد مدة حتى تتحقق الوصية فهذه المدة

من حيث تعطيل حقهم من الارث وان كان لهم حصتهم من الربح خصوصاً اذا جعل حصتهم أقل من المتعارف .

الحادية عشر: اذاتلف المال فى يدالعامل بعدموت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه

ضرر على الورثة الكبار (من حيث تعطيل حقهم من الارث وان كان لهم حصتهم من الربح) وفيه :

أولا : ان مايكون رابحاً لايعد ضرراً

وثانياً: ان الرواية انشملت الكبار كان اللازم العمل بها فى كلاقسمي الوصية، وان لم تشملهم ، كان اللازم عدم القول بالصحة الا اذا أجازوا بأنفسهم فالفرق على اى حال لايظهر له وجه .

(خصوصاً اذاجعل حصتهم أقل من المتعارف) حيث انه ضرر ظاهر من جهة تعطيل حقهم مدة، ومن جهة تقليل جعل مالهم من الحصة، والكلام فى المسألة طويل موكول الى المفصلات .

(الحادية عشر: اذا تلف المال في يد العامل بعدموت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه) فان بطلان المضاربة بالموت لايخرج العامل عن كونه أميناً اذالم يقصر في ايصال المال الى ورثته ولم يتعد ولم يفرط، وانما قال: الظاهر؟ لانه فى قبال احتمال الضمان،لان الامانة اما مالكية واما شرعية والامانة المالكية منتفية، لان المالك الجديد وهو الوارث لم يؤمن العامل، والامانة الشرعية، لادليل عليها، فيشمل المقام دليل على اليد ونحوه، ولكن يرد هذا الاحتمال ان وضع المضاربة على الامانة حتى بعد الموت كوضع العارية والوديعة وماأشبه فهو

وكذا اذا تلف المال بعد انفساخها بوجه آخر .

الثانية عشر : اذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين هل تبقى بالنسبة الى حصة الاخرأو تنفسخ من الاصل وجهان أقربهما الانفساخ

امانة مالكية ، ولوشك فالاصل بقاء الامانة ولو لم يجرفالاصل بقاء عدم الضمان.

ومنه يعلم، الحال فيما اذامات العامل، حيث انفسخت المضاربة، فلو تلف في يد وارثه ونحوه بدون توان في الرد أوتعد وتقصيرلم يكن ضمان عليهم .

(وكذا اذا تلف المال بعدانفساخها بوجه آخر) كجنون العامل أو المالك أوماأشبه وذلك لنفس الدليل المتقدم في الفسخ.

(الثانية عشر:اذا كان رأس المال مشتركا بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحدالشريكين) حيث يجوز الفسخ في البعض عقلاوشرعاً وعرفاً فـ(هل تبقى) المضاربة (بالنسبة الى حصة الاخر أو تنفسخ من الاصل) أو من حين الفسخ (وجهان) بل وجوه ،الظاهر أنه انكان بنحوعقد واحد انفسخ من الاصل الحال ـ حسب العقد ـ لان العقود تتبع القصود، وان كان بنحوعقدين انفسخ احدهما فقط وانفساخه ان كان بنحو ارتباط اجزائه انفسخ من الاول ، وان كان لابنحو ارتباط اجزائه انفسخ من حين الفسخ. لامن الاول.

ومنه يعلم وجه النظرفي قوله: (أقربهما الانفساخ) وكان وجهه انها مضاربة واحدة، فلاتتبعض بالفسخ، وقدتقدم في بعض المسائل السابقة أن العقد الواحد قد يكون بمنزلة عقدين وعقود ـ ولذا يكون خيار تبعض الصفقة ـ وقديكون بسيطاً لايمكن التبعيض فيه، ولذا أشكل على المتن غير واحد كالسادة ابن العم

نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لايبعد بقاء العقد بالنسبة الى الاخر .

الثالثة عشر : اذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة بـه الى سنة مثلا فان تلف ضمن ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال وان كان آثماً فى تعطيل مال الغير

والحكيم والبروجردى وغيرهم، وان كان فى اطلاق عدم الانفساخ الذي ذهب اليه المستمسك ايضاً نظر لماعرفت.

أما قوله : (نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لايبعد بقاء العقد بالنسبة الى الاخر) فيرد عليه ان ليس الاعتبار بتميز وعدم تميز المال، بل بوحدة وعدم وحدة العقد التابعة للقصد، اللهم الا ان يريدان التميز يجعل العقد عقدين بخلاف الوحدة، وحينئذ يشكل المبنى.

(الثالثة عشر: اذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به) فى مدة يتعارف التجارة به فيها ولو ليوم ، كمافى أيام زيارة الامام الحسين عليه السلام، حيث ان بعض التجارات يزدهر بما ليس لها ذلك الازدهار فى يوم بعد مثلا.

فقوله: (الى سنة مثلا) هو من باب المثال (فان تلف ضمن) لانه من الخيانة، حيث لم يؤذن المالك حبس المال هذه المدة الا اذا كان المحبس وجه شرعى كمرض العامل مع عدم امكان ايصاله المال الى المالك، أو خوفه على المال من الظالم، ونحوه ، حيث لا خيانة توجب الضمان.

(ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال، وان كان آثماً فى تعطيل مال الغير) كما هو المشهور بينهم، وعلله المستمسك بانه لاموجب له، والاصل البرائة ،

الرابعة عشر : اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقا فكل ربح حصل يكون بينهما ، وان حصل خسران بعـدأه وقبله أو اشتراط أن لايكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس

وان كان آثماً في حبسه بغير اذن مالكه ـ انتهى .

لكن مقتضى القاعدة الضمان لان الربح حق تواه الحابس فيشمله لايتوى حق امرىء مسلم[1] ونحوه كما ذكرنا مثله في حبس الانسان الحر عن عمله أو حبس داره ودكانه عن الايجار وهكذا .

(الرابعة عشر : اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً) ومعنى مطلقاً مايفسره بالقبل والبعد (فكل ربح حصل يكون بينهما، وان حصل خسران بعده أو قبله) أومعه ، كما اذا كانت له صفقتان ربح في احداهما وخسر في الاخرى .

(أواشترط أن لايكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس) أوالربح المقارن جابراً للخسران المقارن. وذلك قديكون بفرض عقلائي ، كما اذا كان رأى المالك ـ ارشاداً ـ ان يتجر فـي البحر ، بالاضافة الى اتجاره في البر ، فقال العامل : انه يخسر، فقال: اذا خسرت لاتجبر الخسارة بالربح مثـلا .

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

فالظاهر الصحة وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة وهو كما ترى .

الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا أو نسياناً أو اشتباهاً ، كما لو قال: لاتشتر الجنس الفلانى ، أو من الشخص الفلانى مثلا فأشتراه جهلا فالشراء فضولى موقوف على اجازة المالك

(فالظاهر الصحة) لاطلاق دليل الشرط ، وليس الجبر من مقتضيات ذات المضاربة حتى يقال بانه خلاف مقتضى العقد.

(وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة) لوضعها على الجبران، ولذا قال السيد البروجردى: بل الظاهر البطلان مع وحدة المضاربة، وأشكل فيه جملة من السادة كابن العم والجمال وغيرهما، وقال فى المستمسك: المنصرف من قوله عليه السلام الربح بينهما والوضيعة على المال غير ماذكر، وفيه انه مقتضى اطلاقها لامقتضى ذاتها، ولذا قال المصنف: (وهو كما ترى) اذ قد عرفت جواب الاشكال المذكور ، ولو شك فى شرعية ذلك كان المرجع العرف ، لان الشارع امضى ما لدى العرف كسائر العقود ، وقد عرفت ان العرف يرى انه مقتضى الاطلاق لامقتضى الذات .

(الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا) بمراده مما عينه (أو نسياناً أو اشتباهاً، كما لو قال: لاتشتر الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني مثلا) أو ما أشبه ذلك من الامور المربوطة بالزمان والمكان والنقد والخصوصيات.

(فأشتراه جهلا) أو نسياناً أو اشتباهاً (فالشراء فضولي موقوف على اجازة المالك) وكذا اذا فعل العامل ذلك عمداً، لكن هل يكون ذلك عملا مضاربياً؟

وكذالوعمل بماينصرف اطلاقه الى غيره فأنه بمنزلةالنهى عنهولعل منه ماذكرنا سابقا من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك وكذا الحال اذا كان مخطئاً فى طريقة التجارة

الظاهر التفصيل بانه لو كانت المضاربة منصبةعلى خلاف ما عمله العامل لم يكن مضاربة والا كان مضاربة ولهما حسب المقرر حسب ما تقدم في مسألة مخالفة شرط المالك نصاً وفتوى .

أما لو كانت المضاربة منصبة فقد سبق ان للعامل حسب حقه العقلائى من الربح المنقسم بين المال والعمل- لاحصة المضاربة ولا الاجرة- بفرض انه لم يكن عملا مضاربياً ولم يكن بامر المالك حتى تكون له اجرة المثل.

(وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه) اطلاق العقد (الى غيره)وكان ذلك المصنرف مقصوداً، فان العقود تتبع القصود.

(فـ)مراد المصنف (انه بمنزلة النهي عنه) ذلك حيث ان النهي وعدم الأذن سواء في النتيجة .

(ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهلهبكونه كذلك) لوضوح انالمالك يريد الربح فلا يرضى بمايسبب الخسران ومقتضى القاعدة انه لو اشتراه وامضاه المالك أوسبق ان اطلق لذلك، أو اذناذناًخاصاً فان لم يكن ربح فيه ، يلزم ان يتدارك بالربح،وان كانفيه ربح كان للعامل بقدر حصته منه، وحيث عدم الابتلاء بالمسألة نترك تفصيلها .

(وكذا الحال اذا كان مخطئاًفي طريقة التجارة)خطاءاً لا بالنظر الى الواقع بل بالنظر الى المتعارف، اذ التاجر لايعلم الواقع .

بأن اشترى مالا مصلحة فى شرائه عند أرباب المعاملة فى ذلك الوقت بحيث لوعرض على التجار حكموا بخطائه

السادسة عشر : اذا تعدد العامل

أما ما كان خطئاً حسب المتعارف كان العقد منصرفاً عنه فيكون فضولياً ، ولذا قال: (بأن اشترى مالا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت) وان كان مصلحة في وقت آخر كاشتراء ملابس الصيف في الشتاء مثلا (بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه) وقوله: مالا مصلحة انما هو من باب المثال والا فالحكم كذلك اذا كانت مصلحة مهم في قبال المصلحة الاهم، مثلا كان اشتراء الخشب يربح عشرة، واشتراء الحديد يربح مأة، حيث يخطئون التجار من يترك الحديد الى الخشب.

ولايخفى انه ليس معنى ذلك ملاحظة التجارة من دون ملاحظة الشرع ، بل المربح منهما ، فاذا كان التجار يحتكرون احتكاراً حراماً أو مكروهاً فلم يحتكر لم يكن من مصاديق خلاف المصلحة حتى في المكروه، اذ اتباع أوامر الشرع هو الذى صدقه الشرع من المضاربة .

نعم ربما يقال في المكروه انه خلاف المصلحة، لان المالك لم يقصد ذلك والعقود تتبع القصود .

(السادسة عشر : اذا تعدد العامل) حيث قد سبق في بعض المسائل السابقة صحت تعدد هما، وقد ذكره المحقق والعلامة وشراحهما .

كأن ضارب اثنين بمـأة مثلا بنصف الربح متساويا أو متفاضلا فاما ان يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول : على ان يكون لكل منه نصفه وأمالا يميز فعلى الاول الظاهرعدم اشتراكهما فى الربح والخسران والجبر الا مع الشرط

(كأن ضارب اثنين بمأة مثلا بنصف الربح) للعاملين أو ثلثه أو غير ذلك (بينهما متساوياً أو متفاضلا) مطلقاً، أو في الجملة كان يكون متساوياً لهمـا في الصيف ومتفاضلا بينهما في الشتاءـ كل ذلك لاطلاق أدلة المضاربةـ .

(فأما ان يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول: على ان يكون لكل)منهما(منه) اي من المال (نصفه) أو يقول: ليعمل زيد في النقد الذهبي ـلانه أعلمبارتفاعاته وان حفاضاته ـوليعمل عمروفىالنقدالفضى ، الذين كون منهما رأس المال .

(واما لايميز فعلى الاول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران و الجبر) اي جبر الربح للخسران وذلك لانهما مضاربتـان لامضاربة واحدة، و الشرع والعرف دلا على ان الامور الثلاثة مرتبطة بكل مضاربة لنفسها (الا مع الشرط) فيشمله اطلاقأدلة الشرط، وهذاهوالذى اختاره معظم المعلقين، منهم السيدان ابن العم والجمال، خلافاً للسيدين البروجردى والحكيم.

فقد قال الاول: لكن معه يشكل بقاء عنوان المضاربة .

وقال الثاني: الظاهر البطلان مع وحدة المضاربةوفيهما انه لاوجهللبطلان والاشكال الا لعدم كونه مضاربة عرفية فلاتشملهاالادلةالشرعية، وفيه: انالعرف

لانه بمنزلة تعدد العقد وعلى الثانى يشتركان فيها وان اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدراً منه الا ان يشترط عدم الاشتراك فيها فلوعمل أحدهما وربح وعمل الاخرولم يربح أوخسر يشتركان فى ذلك الربح ويجبر به خسران الاخر

يساعد على كونه مضاربة، وانما لايشتركان بدون الشرط (لانه بمنزلة تعددالعقد) ومع التعدد لاوجه للاشتراك (وعلى الثاني) اي مع عدم تميز رأس المال، كماهي العادة في اعطاء المال لاثنين يعملان معاًفيه .

(يشتركان فيها) اي في الربح والخسران والجبر، لانه مضاربة واحدة عرفاً وشرعاً والمضاربة الواحدة تكون هكذا .

(وان اقتسما بينهمافأخذ كل منهما مقداراً منه) وتاجر فيه تجارةغيرالتجارة التي تاجربها غيره أو سافر احدهمابراً والاخر بحراً الى غيرذلك .

(الا ان يشترطا عدمالاشتراك فيها) في الربح والخسران والجبر، واشكل على مثل هذا الشرط جماعة من المعلقين، وكأنه لانه خلاف مقتضى العقدمع انه خلاف مقتضى الاطلاق، فالاقوى ما ذكره المصنف، والظاهر ان الشرط يلزم ان يكون بين المالك والعاملين لابينهما ، اذ لاوجه للزوم الشرط بينهما ، وان شرطا بينهما في ضمن عقد لازم لزم باعتبار نقل بعض حصة احدهما الى الاخر، ومثله فى تدارك الخسران من احدهما بالربح من الاخر.

وعليه (فلو عمل أحدهما وربح وعمل الاخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الاخر) فالربح لهما كما لو كانا عاملاواحداً

بل لوعمل أحدهما وربح ولم يشرع الاخر بعد فى العمل فانفسخت المضاربة يكون الاخر شريكا وان لم يصدر منه عمل لانه مقتضى الاشتراك فى المعاملة ولايعــد هذا من شركة الاعمال كما قديقال فهو نظير ماإذا آجر انفسهمــا لعمل بالشركة فهو داخل فى عنوان المضاربة لاالشركة

(بــل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الاخر بعد في العمل فـ) فسخ أحد الثلاثة المالك أو العامل الرابح أو غيره، أو (انفسخت المضاربة) بمــوت و نحوه (يكون الاخر شريكاً) (وان لم يصد رمنه عمل) حسب الشرط،وقد قوى ذلك الجواهر،وأيده المستمسك،وسكت عليه معظم المعلقين منهم السادة ابن العم والجمال والبروجردى، وان أشكل عليه بعضهم،وكأنه لانه خلاف مقتضى المضاربة .

وفيه: ما تقدم مكرراً من انه خلاف اطلاقه (لانه مقتضى الاشتراك في المعاملة ولايعد هذا من شركة الاعمال) الباطلة ، كما حقق في [كتاب الشركة] .

(كما قد يقال) بأنه من شركة الاعمال فلا تصح ، وهل مراد المصنف ان بذلك قولا منا أو أشار به الى قول المالك من العامة ـ كما في المستمسك ـ لايهم ذلك بعد صحته حسب مقتضى القاعدة.

(فهو نظير ما اذا آجرا نفسهما لعمل) كخياطة ثوب المستأجر (بالشركة) هذا من تتمة ـ كما قد يقال ـ فكما انــه بــاطل كذلك المقام ، وانما لاتشبه المضاربة شركة الاعمال لما أشار اليه بقوله : (فهو داخل في عنوان المضاربة لاالشركة) ولاتلازم بين أحكام الشركة واحكام المضاربة .

كماان النظيرداخل فى عنوان الاجارة.

السابعة عشر : اذا أذن المالك للعامل فى البيع والشراء نسيئة فاشترى نسيئة وباع كذلك فهلك المال فالدين فى ذمة المالك وللديان اذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما

(كما ان النظير) في اجارتهما لعمل بالشركة (داخل في عنوان الاجارة) فاللازم ملاحظة قوانين الاجارة في مثل ذلك ، وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] الى ان العمل الواحد بغاية واحدة يمكن ان يكون صحيحاً اذا أوجبناه بمعاملة ، ويكون غير صحيح اذا اوجبناه بمعاملة اخرى كالجهالة في الصلح ، حيث لاتضر بينما تضر مثلها في البيع ، وذلك لان حدود وأحكام كل معاملة تختلف مما تختلف معها الخصوصيات ، وكذلك حال العقلاء في اغراضهم ـ حتى مع قطع النظر عن الشرع ـ .

(السابعة عشر : اذا أذن المالك) بمقتضى اطلاق العقد ، أو صريحاً،وان لم يقتض العقد ذلك (للعامل في البيع و الشراء نسيئة فاشترى نسيئه و باع كذلك)أو فعل احدهما (فهلك المال فالدين فيذمة المالك)لانالمال لهوالعامل بمنزلة الوكيل ، لكن لابد وان تكون المضاربة مطلقة ، اذ لوكانت مشروطة بتحمل العامل كل الخسارة ، أو بعضها فالدين يكون في ذمة العامل فيالاولو يكون بالنسبة الى تحمل العامل في ذمته في الثاني .

(وللديان اذا علم بالحال) منالاول (أو تبين له بعد ذلك) بانهمالالمضاربة وطرفه العامل لاالمالك (الرجوع على كل منهما) انكان العامل باقياً علىعمله ـ كما قيدبه السيدالبروجردى ـ والا فهو قد أصبح أجنبياً ، والاجنبيلايطالب

فان رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك ودعوى انه مع العلم من الاول

بعد علم الدائن بانه لايرتبط بالمعاملة .

(فان رجع) الديان (على العامل وأخذمنه رجع هوعلى المالك) لانه عامل من قبله ، وقد فرض ان الخسارة ليست على العامل ، بل على المالك ، ووجه الرجوع الى العامل مع علمه بانه ليس له ماذكره الجواهر من ان ذلك من أحكام ولي العقد ، يعنى ان العرف يرون الرجوع الى العاقد الذي عقد ليأخذ المبيع ويعطى الثمن ولم يثبت من الشارع الردع عنه ، فيدل عليه اطلاق أدلة العقود شرعاً، وكذا الحال في الوكالة والمأذون في المعاملة ونحوهما ولذلك بنوا على جواز الرجوع الى كل من الوكيل والموكل ، وان علم بانه وكيل من أول الامر .

نعم لو أبى الموكل تسليم الشيء ـ ثمناً أو مثمناً ـ للوكيل كان المدعى عليه هو الموكل ، اذ لاوجه للدعوى على الوكيل .

(ودعوى انه مع العلم من الاول) كان ذكر الاول من باب انه لو لم يعلم من الاول كان مغروراً ـ وان تبين له بعد ذلك ـ والمغرور يرجع الى من غر .

لكن فيه أولا : ليس كل من لم يعلم ان طرفه وكيل مغروراً ، اذ أغلب الناس يبيعون في مقابل مال ولايهمهم ان الطرف أصيل أو وكيل، ومثل هذا لايسمى مغروراً.

وثانياً : انه على فرض الغرور له ان يرجع الى المباشر اذا ابى الاصيل

ليس له الرجوع على العامل لعلمـــه بعدم اشتغال ذمته مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك خصوصاً فى المضاربة وسيما اذا علم أنه عامل يشترى للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن اى بلد

والا فلاوجه للرجوع الى المباشر وهو قادر على الرجوع الى الاصيل وهو غير اب عنّ الوفاء ، وعليه فالحكم كذلك اذا تبين له بعد ذلك ـ في غير صورة الغرور ـ .

(ليس له الرجوع على العامل لعمله بعدم اشتغال ذمته) ولماذا يرجع اليه وغيرّه المديون ، وكأنه لذا قال الشرائع: اذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار ان شاء طالب الوكيل ، وان شاء طالب الموكل والموجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة ، واختصاص الوكيل مع الجهل بذلك (مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك) لماتقدم وجهه من الجواهر .

(خصوصاً في المضاربة) والمزارعة والمساقات ، لان العامل مفوض اليه والمالك غير مربوط بالمعاملة .

(وسيما اذا علم انه عامل يشترى للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير) بشخصه (أنه من هو ومن أي بلد) مثلا قال في المستمسك : في وجه (سيما) فانه لولا جواز الرجوع على العامل لم يقدم على المعاملة معه أحد لما في ذلك من الخطر العظيم .

أقول : لايخفى ان هذا وجه استحساني لانه دليل شرعي .

ولو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل فى الظاهر ويرجع هو على المالك .

الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمى ، خصوصاً اذا كان هو العامل لقوله لا ينبغى للرجل المسلم ان يشارك الذمى ولا يبضعه بضاعة

(ولو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل فـى الظاهر) اذا أراد انقاذ حقه ، اذ لا غير في نظره صرف له ، فهو من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

(ويرجع هو على المالك) لانه الاصيل حقيقة الذي دخل البدل في كيسه فاللازم ان يخرج مـا بأزاء البدل مـن كيسه حسب حكم العوض والمعوض ، وان ذكرنا في بعض المباحث السابقة ان العوضين يمكن ان يكون لهما طرفان ، أو ثلاثة أو اربعة، الا ان المتعارف أولياً التقابل بين الامرين فيدخل العوض في كيس من خرج المعوض من كيسه و بالعكس ولو لم يتمكن البائع من قبض ثمنه من العامل، أو المضارب وكانت العين موجودة استرجعها ممن عنده عاملا او مالكاً لانها عين ماله فلا يرجع الامر الى البدل مثلا ، أو قيمة ، وفي المقام مسائل كثيرة مربوطة بباب الوكالة وغيرها .

(الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً اذا كان هو العامل لقوله) أي أبي عبد الله عليه السلام فيما رواه على بن رئاب في الصحيح : (لا ينـبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة)(١) فانه يستفاد منه المضاربة، أما

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٠ الباب ١ من أبواب الشركة ح/١ . الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٦ الباب ٢ من أبواب الشركة ح/١ .

ولايودعه وديعة ولايصافيه المودة وقوله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام كره

اطلاقاً أوان المنصرف منه المضاربة ـ اذلا يراد بها الاصطلاح ـ وان لم يسلم كلا الامرين كان المناط محكماً (ولا يودعه وديعة ولايصافيه المودة).

أقول: قال سبحانه: «لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله»[1].

وقال سبحانه: «أشداء على الكفار رحماء بينهم»[2].

ولا ينافي هذا قول علي عليه السلام، كما فى نهج البلاغة: الناس صنفان اما أخ لك فى دين اونظير لك فى الخلق[3]. اذقوله عليه السلام فى جهة اجراء القانون، وقوله سبحانه فى جهة المعاشرة وقرينة ذلك [رحماء بينهم] وان علياً عليه السلام كان يأمر عامله مالك بذالك.

أما اشتغال علي عليه السلام عند بعض اليهود كما في البحار ، فقد كان ذلك اضطراراً، أواستدراجاً له الى الاسلام، كما استدرجت فاطمة عليها السلام عائلة يهودية بذهابها الى عرسهم ـ كما فى بعض التواريخ ـ .

(و قوله عليه السلام) كما عن الكافى (ان أمير المؤمنين عليه السلام كره

---

(١) سورة المجادلة الآية/٢٢ .

(٢) سورة الفتح الآية/٢٩ .

(٣) نهج البلاغة : الخطبة ٥٢ .

مشاركة اليهودى والنصرانى والمجوسى الا آن تكـون تجارة حاضرة لايغيب عنها المسلم[١] ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لايؤمن منه فى معاملاته من الاحتراز عن الحرام

التاسعة عشر : الظاهر صحة المضاربة على مأة دينار مثلا كلياً

مشاركة اليهودى و النـصرانى و المجوسى الا ان يكون تجارة حاضرة) نقداً (لايغيب عنها المسلم)[١] ويمكن ان يكون وجه الكراهة تقوية الكفار، واحتمال الخيانة، أوماذكره المصنف بقوله : (ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لايؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام) وبهذا يظهر، ان الذمي من باب المثال فيه يشمل كل كافر ، وان كان المناط غير مقطوع به ، حيث من المحتمل ان أهل الكتاب لهم خصوصية فى الكراهة.

وكيف كان، فقوله سبحانه: «لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم، ان تبروهم وتقسطوا اليهم والله يحب المحسنين»[٢] لا ينافى الكراهة المذكورة لانه فى قبال «انما ينهاكم الله »الاية[٣] وان كان ربما يتوهم ان البر غير قابل للتخصيص، ومن أقسامه التجارة والشركة وماشبه.

وكيف كان فالوقوف على النص اسلم، وان للتسامح فى أدلة السنن باباً واسعاً، والله العالم.

(التاسعة عشر: الظاهر صحة المضاربة على مأة دينار مثلا كلياً) وانما كان

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٦ الباب ٢ من أبواب الشركة ح/٢ .

(٢) سورة الممتحنة الآية/٨ .

(٣) سورة الممتحنة الآية/٩ .

فلا يشترط كون مال المضاربة عينا شخصية فيجوز ايقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه فى فرد والقول بالمنع لان القدر المتيقن العين الخارجى من النقدين ضعيف وأضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلى فى المعين اذ يكفى فى الصحة العمومات . .

الظاهر ذلك ، لاطلاق أدلة المضاربة وكون مثلها عقلائية فلا مانـع منها (فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية فيـجوز ايقاعهما العقد على كلى ثم تعيينه فى فرد) خارجى وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك، حيث قال لايخفى ان الكلى اذا لم يكن خارجياً ولاذمياً لم يقبل ان يكون مملوكا، فضلا عن ان يكون موضوعاً للمضاربة،لان المضاربة انما تكون من المالك ـ انتهى.

اذ فيه: ان الكلى حقيقة، وليس مراد المصنف الكلى الذى ليس فى الخارج ولافى الذمة، وهل يمكن ان يقال بكلى ليس فى احدهما ؟

(و) كيف كان، فـ (القول بالمنع لان القدر المتيـقن) من ادلة المضاربة (العين الخارجى) المشخصة (من النقدين ضعيف) كيف والعقلاء يجرون كثيراً من معاملاتهم على الكليات ، خصوصاً فى النـسيئة والسلف، بل وفى الكالى بالكالى ، وان لم يجوزه الشرع واصالـة عدم ترتـب المضاربة التـى ذكرها المستمسك لامحل لها بعد كونها عقلائية، فتشملها أدلة المضاربة الشرعية.

(وأضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلى فى المعين) وقد تقدم صحتها فيه فى أول الكتاب (اذيكفى في الصحة العمومات) فالكلى المطلق، والكلى فى العمين والكسر المشاع والعين الشخصية كلها يصح انيتعلق بهاالمضاربة .

متمم العشرين لو ضاربه على ألف مثلا فدفع اليه نصفه فعامل به ثم دفع اليه النصف الاخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الاخر لانه مضاربة واحدة

ومنه يعلم صحة جعل بعض مال المضاربة أحدها وبعضها قسماً آخر كمأة دينار نقداً ومأة كلياً، الى غير ذلك كما يصح جعل حصة العامل على نحو الكسر المشاع، أو الكلى فى المعين، فللعامل النصف من الربح بحيث اذا تلف شيء يتلف من العامل ايضاً اوبحيث لايتلف منه، كما تقدم الالماع الى ذلك.

(متمم العشرين): الظاهر عدم صحة لفظ [متمم] وان ذكره بعض، اذ هذا هو العشرون، لانه متمم له، فكما لايصح ان يقال: للدار متمم الدار الا للجزء الاخير منها لايصح ان يقال: متمم العشرين الا للجزء الاخير منه.

ان قلت: ذلك باعتبار ان المسائل عشرون وهذا آخرها.

قلت: فاللازم ان يقال متمم العاشر، وهكذا فكما ان التاسع والعاشر ونحوهما جزء كذلك هذا جزء، فان صح اضافة المتمم فى بعضها صح فى البعض الاخر والا لم يصح غاية الامر ان يكون ذلك خلاف وحدة السياق وكفى به خلافاً للبلاغة، ولذا لاتجد فى كلام البلغاء من هذا عين ولا أثر ومن راجع خصال الصدوق (ره) لم يجد للفظ المتمم فى أخير اعداد الخصال ولا مرة واحدة.

وكيف كان (لو ضاربه على ألف مثلا فدفع اليه نصفه فعامل به ثم دفع اليه النصف الاخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الاخر) وذلك (لانه مضاربة واحدة) عند العرف، وان سبق بعض نقده بعض نقده الاخر، فهو مثل الاتجار

وأمالوضاربه على خمسمأة فدفعهااليه وعامل بها وفى أثناء التجارة زاده ودفع خمسمأة أخرى فالظاهر عدم جبر خسارة احداهما بربح الاخرى لانهما فى قوة مضاربتين نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة

من العامل ببعض المال مقدماً على الاتجار بالبعض الاخر، وحيث انه عرفي شمله اطلاق الادلة أيضاً .

(وأما لو ضاربه على خمسمأة فدفعها اليه وعامل بها وفي أثناء التجارةزاده ودفع خمسمأة اخرى) وانما قال: وعامل بها لانه اذا لم يعامل وجعلا بعد دفع الثانية الدفعين معاملة واحدة كانا مضاربة واحدة ايضاً .

(فالظاهر عدم جبر خسارة احداهما بربح الاخرى) لما عرفت من انهما مضاربتان فلا وجه لجبر احدهما بالاخر فقوله : (لانهما في قوة مضاربتين) ليس على ما ينبغي ، فانهما مضاربتان حقيقة ، كما ان الخيانة في احدهما لا يوجب جريان أحكام الخيانة بالنسبة الى الاخرى، اذ لاربط بينهما ، فقول ابن العم : بل الظاهر الجبران ، كأنه يريد ما ذكرناه من قصدهما كون المجموع مضاربة واحدة، فان العقود تتبع القصود.

(نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة) اذ الغالب قصدهما ذلك والا لم يكن له وجه ، ولذا قال المستمسك : المزج لايستوجب ذلك كالمزج بمال الغيره ولو اختلفا في قصد الوحدة والاثنينية ـ بعد ذلك ـ فالقول قول منكر الاثنينية، اذ فسخ الاولى وانشاء غيرها برأس مال واحد خلاف الاصل.

....

والحمد لله أولا وآخراً ، وظاهراً وباطناً ، سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

قم المقدسة

٢١/ شوال/ ١٤٠١ هـ   **محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى**

كِتَابُ المزارعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتــاب المزارعة

وهى المعاملة على الارض بالزراعة بحصة من حاصلها

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة الاصل فيها ان يكون من الطرفين مثل المقاتلة و المصالحة والمرافعة وماشبه، حيث ان الطرفين يشتركان في الزراعةاحدهما امراً والاخر عاملا، كما يشتركان في القتل والصلح ، ورفع النزاع الى الحاكم، الى غير ذلك .

اما ما ذكره المستمسك من انه السعى نحو الفعل، فيرد عليه بالاضافة الى انه خلاف المتفاهم عرفاً، والمصرح به فى كتب اللغة والفقه انه لو كان كذلك لزم صحة انيقال قاتل زيدعمرواً اذا سعي لقتله وكان عمرو نائماً فقتله، اوسعى لصلحــه او ما اشبه ذلك ، مع وضوح انه ليس كذلك ، ولذا قال فى محكى جامع المقاصدلاشك ان الزراعة فى لسان اهل اللغة مفاعلة من الزرع، وهذا المعنى يتحقق فى المعنى الشرعى، لان المعاملة المذكورة يقارنها الزرع من المتعاملين وان كان بمباشرة احدهما ، لان الاخر بأمره اياه زارع، وقد سبق فى [كتاب المضاربة] من هذا الشرح تفصيل ذلك فراجع.

(وهى المعاملة على الارض بالزراعة بحصة من حاصلها) وهذا التعريف هو المشهور

وتسمى مخابرة أيضاً ولعلها من الخبرة بمعنى النصيب كما يظهر من مجمع البحرين

بينهم المحكى عن المبسوط والوسيلة وكتب الفاضلين والشهيدين وغيرهم.

نعم، علق المهذب وفقه الراوندي ان المزارعة استيجار الارض ببعض ما يخرج منها.

قال في مفتاح الكرامة : و كأنهما يـذهبان الى انها نوع خاص من الاجارة.

اقول : الظاهر من الاخبار والفتاوي وعمل العرف انها قسم جديد من العقد لا انها نوع من الاجارة، فمن احدهما الارض، ومن الاخر العمل والعوامل والبذر وما اشبه.

وبذلك يظهر الفرق بينها وبين الاجارة، فان اجارة الارض لايملك موجرها على مستأجرها شيئاً غير الاجرة، وهنا يملك الموجر لها، مضافاً الى الحصة لان يعمل العامل وليس له الامتناع عن العمل ، كما انها تفترق عن اجارة الاجير بأن في اجارة الاجير لايملك الاجير على المستأجر شيئاً غير الاجرة ، و هنا يملك على مالك الارض بذل الارض، مضافاً الى الحصة ـ كذا في المستمسك ـ وجعل السيد البروجردي الاقرب كونها من المشاركات.

وكيف كان، فالحقيقة الشرعية والعرفية هي ما ذكرها الفقهاء ولايهم بعد ذلك القوالب والاصطلاحات .

(و تسمى مخـابرة ايضاً و لعلها من الخبرة) على وزن غرفـة (بمعنى النصيب كما) قال في القاموس الخبرة النصيب تأخذه من لحم او سمك وهذا الوجه (يظهر من مجمع البحرين) وغيره ايضاً ،والظاهر ان الاصل واحد فيهما

ولا اشكال في مشروعيتها بل يمكن دعوى استحبابها لما دل على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعم من المباشرة والتسبيب

اذ تسمية النصيب خبرة ايضاً من الخبر كما ذكرناه في هذا الشرح وغيره من وحدة الاصل في كل المشتقات من مادة واحدة.

قال في المسالك : اما من الخبير وهو الاكار، او من الخبارة وهي الارض الرخوة او مأخوذة من معاملة النبي صلى الله عليه وآله وسلم لاهل خيبر.

اقول : والاظهر الاول، فان الثالث بعيد جداً ، او خلاف اشتقاق اللفظ والثاني ايضاً بحاجة الى الفحص عن اصله ، اذ لماذا تسمى الارض الرخوة خبارة فلم يبق الا الاول.

(ولا اشكال في مشروعيتها) بل عن المبسوط والسرائر جائزة عندنا ، وقد نقل عدم الخلاف فيه في مفتاح الكرامة عن الخلاف وفقه الراوندي والغنية والتذكرة والمهذب البارع والتنقيح ومجمع البرهان والمسالك.

أما اشكال بعض الاقتصاديين المائلين الى الشرق فيها ، وفي المضاربة و المساقات بأنها استثمار الانسان ، فقد عرفت جوابه في كتابي [المضاربة و الاقتصاد] .

(بل يمكن دعوى استحبابها) و قد تكون واجبة كما ذكروا في باب الصناعات (لما دل على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعم من المباشرة و التسبيب) هذا بالنسبة الى مالك الارض، لا بالنسبة الى العامل الزارع، فانه لا شك في استحبابه.

نعم ، ان لم نقل بشمول روايات الباب لمالك الارض فلا شك في انه من

ففي خبر الواسطي قال : سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن الفلاحين ، قال : هم الزارعون كنوز الله في أرضه وما في الاعمال شيء أحب الى الله من الزراعة وما بعث الله نبياً الا زارعاً

باب التعاون، وباب التجارة و غيرهما مما هو مستحب أيضاً ، أو يقال : بأن المزارعة مقدمة مستحب، ومقدمته مستحبة، وان لم نقل بأن مقدمة الواجب و الحرام واجبة ومحرمة.

(ففي خبر الواسطي قال : سألت جعفر بن محمد عليهما السلام ، عن الفلاحين) ما شأنهم ؟ (قال : هم الزارعون) لعله عليه السلام أراد ان يشير الى قوله : «ءانتم تزرعونه أم نحن الزارعون» فكأنه عليه السلام قال : هم الذين ذكرهم الله في كتابه في مقام التمجيد ، لانهم يتخلقون بأخلاق الله سبحانه ، كما قال عليه السلام : تخلقوا بأخلاق الله .

(كنوز الله في أرضه) فكما ان الكنز مال مذخور كذلك الفلاح أدخره الله فكل من الكنز والزارع يعطي الناس الخير والرزق، أوسمي كنزاً بعلاقة السبب و المسبب ، لان الزارع يستخرج كنز الثمار و الفواكه المودعة في الارض.

(و ما في الاعمال شيء أحب الى الله من الزراعة) بالنسبة الى اعمال المعاش ، أو كل الاعمال حتى العبادة ، ووجهه انه يعطي رزق ذوي الارواح الذي فيه بقائهم.

(وما بعث الله نبياً الا زارعاً) قبل نبوته ولعل السر ما يأتي من عدم كرههم قطر السماء، وفي ذلك قبول رحمة الله من المطر، ومن هذا الحديث يستفاد

الادريس عليه السلام فانه كان خياطاً وفي آخر ، عن أبي عبد الله عليه السلام : الزارعون كنوز الانام يزرعون طيباً أخرجه الله وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً

ان النبي صلى الله عليه و آله و سلم كان أيضاً زارعاً مدة من عمره ، فأن في اطراف مكة المكرمة واحات يزرع فيها ، ولذا ورد في [كتاب الحج] مسألة قطع شجر الحرم ونبته، ولعل سر زرع الامام أمير المؤمنين عليه السلام، و بعض الائمة عليهم السلام كان اقتداءاً بالانبياء، أو كان لاجل انه أحب عمل الى الله سبحانه.

(الا ادريس عليه السلام فأنه كان خياطاً)(١) ولا ينافي ذلك رعى موسى عليه السلام، ونبي الاسلام، وصناعة داود عليه السلام، اذ لامفهوم للقب.

(وفي) خبر (آخر، عن أبي عبد الله عليه السلام: الزارعون كنوز الانام) بالمعنى المتقدم للكنز (يزرعون طيباً) فأن كل الاشجار طيبة، فهي غذاء أو دواء حتى الحنظل والشوك (أخرجه الله) فان الزارع يفعل المعد، وانما الزارع حقيقة هو الله كسائر الاعمال، ولذا قال سبحانه: «وما رميت اذ رميت و لكن الله رمى» .

(وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً) امالان فيهم الانبياء واما المراد احسن من غيرهم من ذوي الاعمال.

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠١ الباب ٢ من أبواب المزارعة ح/٣ .

وأقربهم منزلة يدعون المباركين وفى خبر عنه عليه السلام قال: سأل النبى صلى الله عليه وآله وسلم، أى الاعمال خير؟ قال : زرع يزرعه صاحبه وأصلحه وادى حقه يوم حصاده قال : فأى الاعمال بعد الزرع؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة

(واقربهم منزلة) وقرباً الى رحمة الله (يدعون) هناك (المباركين)[1] لبركتهم وقد ذكرنا معنى البركة في [فقه: الاقتصاد] .

(و فى خبر عنه عليه السلام قال : سأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أى الاعمال خير ؟ قال : زرع يزرعه صاحبه وأصلحه) حتى اثمر (وأدى حقه يوم حصاده)[2] أما الزكاة أو حق الحصاد كما تقدم في [كتاب الزكاة] قال سبحانه «وأتوا حقه يوم حصاده».

(قال: فأى الاعمال بعد الزرع) خير ؟ (قال : رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر) كما هي العادة في اصحاب الاغنام ، حيث يتتبعون مواضع الامطار لاجل الماء والعشب، ولعل خيريته من جهة عدم كراهة قطر السماء، و لاجل انهم يكدحون كثيراً ، وانهم أكثر تطلباً لرحمة الله وملاحظة لايات الله في السماء والارض.

(يقيم الصلاة) بأن كان مسلماً مبالياً ، ولذا قال صلى الله عليه وآله وسلم:

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٤ الباب ٣ من أبواب المزارعة ح/٧ وأيضاً. ح/١٢ ص ٢٥ الباب ١٠ من أبواب التجارة ح/٣ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٤ الباب ٣ من أبواب المزارعة ح/٨ .

ويؤتي الزكاة قال : فأي المال بعد الغنم خير ؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم : البقر يغدو بخير ويروح بخير قال: فأي المال بعد البقر خير ؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم :الراسيات في الوحل المطعمات في المحل نعم المال النخيل من باعها فانما ثمنه بمنزلة رماد

(ويؤتي الزكاة) فان في الغنم زكاة (قال: فأي المال بعد الغنم خير ؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم:البقر يغدو)صباحاً الى محل الماء والعشب(بخير) حيث انه يذهب ابتغاء الرزق (ويروح بخير) حيث يرجع باللبن ، ولم يذكر صلى الله عليه وآله وسلم الصلاة والزكاة هنا وفي الزرع لانهما مخالطان لاهل المدن غالباً فيؤثر فيهم الدين بينما أصحاب الاغنام في الصحارى غالباً فيحتاجون الى الفات أكثر.

(قال: فأي المال بعد البقر خير؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم: الراسيات) أي الثابتات (في الوحل) الطين (المطعمات) بالتمر (في المحل) القحط فأن الحيوانات تموت والمزارع تجف لعدم الماء بينما النخيل تثمر، لان جذورها تجمع من ماء الارض، وقوله: [بعد].

أما لترتيب الكلام أو للبعدية في الخير، وعلى الثاني فكان النخل أقل بركة من ماذكر قبله.

(نعم المال النخيل) لانه قطعه خير بتمره ونواه وسعفه وغيرهما وفي العراق يصنع من النخل أكثر من خمسين قسماً من الاطعمة و الحوائج كالدبس و الحلوا والحصير والمروحة الى غير ذلك.

(من باعها) بيان لكراهة بيع النخل بدون تبديل (فانما ثمنه بمنزلة رماد

على رأس شاهق اشتدت به الريح في يوم عاصف الاان يخلف مكانها قيل : يارسول الله فأى المال بعد النخل خير؟ فسكت فقام اليه صلى الله عليه وآله وسلم رجل فقال له : فأين الابل ؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم :فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار تغدو مدبرة

على رأس شاهق) مرتفع (اشتدت به الريح في يوم عاصف) شديد الرياح، لان ثمن المباع يذهب بسرعة فلم يبق مثمن ولا ثمن، فمن الافضل عدم بيعه.

(الا أن يخلف مكانها)[1] بأن يشتري مكانها نخيلا أومثل الدار ونحوه، حيث يحرز المال عن التلف.

(قيل : يارسول الله فأى المال بعد النخل خير ؟ فسكت) علامة انه لاشيء وواضح ان الكلام كان في المجتمع الزراعي ،فان المدينة المنورة كانت كذلك .

(فقام اليه صلى الله عليه وآله وسلم رجل فقال له : فأين الابل ؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم :فيها الشقاء والجفاء والعناء) يشقي الانسان به لاتعابه الكثيرة ويجفو الابل صاحبه لانه عنود غضوب ، وفيه : العناء والمشقة .

(وبعد الدار) أما لان أهل الابل مجبورون ان يعيشوا في الصحاري ، أو لان محل ابالهم بعيد عن مسكنهم الذي هو في المدينة (تغدو مدبرة وتروح مدبرة) أي مدبرة عن صاحبها الما على صاحبها من المشقة في اذهابها الى الصحراء والماء وارجاعها الى محالها .

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠١ الباب ١ من أبواب المزارعة ج/١ وانظر الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٢ الباب ١ من أبواب المزارعة ح/١ .

وتروح مدبرةلايأتى خيرها الامن جانبها الاشئم أماانها لاتعدم الاشقياء الفجرة وعنه عليه السلام الكيمياء الاكبر الزراعة وعنه عليه‌السلام ان الله جعل أرزاق أنبيائه فى الزرع والضرع

(لايأتي خيرها)كالركوب والنتاج واللبن(الامن جانبها الاشئم) كناية عن تلازم ذلك مع الشوم ، أي الصعوبة في الاستفادة منها .

(أما انها) الابل (لاتعدم الاشقياء الفجرة)(١) فانهم حيث لايهتمون بالموازين الاسلامية يتخذون الابل .

أقول: الاحاديث المرتبطة بأمثال ذلك كلها للارشاد الي الافضل ، لاالمنع عن غير الافضل ، ومثلها أحاديث المسكن والزوجة والاطعمة والحيوانات وغيرها فليس معنى كراهة الازدواج بالقسم الفلاني من النساء ان تبقى هي فارغة عانسة بل معناها اختيارغيرها عليها اذا دارالامر بينهما كما يقال : اشترالفاكهة الجيدة اذا ذهبت الى السوق .

(وعنه عليه السلام) قال : (الكيمياء الاكبر الزراعة)(٢) فان فائدته أكثر من فائدة الكيمياء الذي يذهب النحاس ، وهل رأى أحد جزءاً من ألف جزء من فائدة الزراعة في الكيمياء .

(وعنه عليه السلام) قال : (ان الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع)

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠١ الباب ١ من أبواب المزارعة ح/١ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٤ الباب ٣ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/٨ .

كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء وعنه عليه السلام، انه سأله رجل فقال له جعلت فداك أسمع قوماً يقولون ان المزارعة مكروهة ؟ فقال عليه السلام : ازرعوا فلا والله ماعمل الناس عملا أحل ولا اطيب منه ويستفاد من هذا الخبر ماذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسبيب

الانعام الثلاثة بعلاقة الجزء والكل (كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء)[1] هذا غالبي كما لايخفى فيهم ، اذمن غيرهم أيضاً من لايكره القطر، وفيه : اذ القطر الضار ليس مما لايكره ـ وقد ذكرنا وجه هذه العلة في أول الاحاديث ـ .

(وعنه عليه السلام ، انه سأله رجل فقال له : جعلت فداك أسمع قوماً يقولون ان المزارعة مكروهة ؟ فقال عليه السلام : ازرعوا) أما المراد الزارع أو صاحب ارض الزارعة (فلا والله ما عمل الناس عملا أحل ولا اطيب منه)[2] فان المكاسب يتطرق اليها الحرام بالربا والغش والاحتكار وماأشبه ،كما انها كثيراً مالاتكون طيبة للفساد الساري فيه ، مثل فساد اللحم وضرر الالبسة والاواني وغيرها .

(ويستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسبيب) ان قلنا بأن السائل سأل عن فعل مالك الارض مع انه محتمل للامرين ، بل ربما يقال بأن ظاهر [ازرعوا] فعل العامل لا المالك ، ولعله لـذا تأمل في الاستفادة المذكورة بعض الفقهاء .

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٣ الباب ٣ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/١ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٣ الباب ٣ من أبواب أحكام المزارعة ح/١ .

وأما مارواه الصدوق مرفوعاً ، عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن المخابرة قال: وهى المزارعة بالنصف أو الثلث أوالربع فلابد من حمله على بعض المحامل لعدم مقاومته لما ذكر

نعم، يمكن استحباب الزراعة من فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حيث قبل خيبر ببعض حاصلها [(١)] ،كما سيأتي بالاضافة الى ماتقدم .

نعم ، في بعض النسخ [الزارعة] مكان [المزارعة] فلاربط له بالمقام .

(وأماما رواه الصدوق) في معاني الاخبار (مرفوعاً،عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انـه نهى عن المخابرة قال : وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع [(٢)] فلابد من حمله على بعض المحامل لعدم مقاومته لماذكر) مثل ان أمثالهم كثيراً مايظلمون الفلاحين .

فقد روي ابن أبي يعفور قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام ، يقول : من زرع حنطة في أرض فلم يدرك زرعه، أو خرج زرعه كثير السعير فبظلم عمله في رقبـة الارض ، أو بظلم المزارعة واكرته ، لان الله يقول : « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم [(٣)] » يعني لحوم الابل والبقر والغنم [(٤)] ، وان كان المراد عمل الفلاح ، فلعل السر انهم كثيراً مالايبالون بدينهم ، لما رواه كتاب الغايـات ، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انـه قال : شرار الناس

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٩٩ الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة ح/١ .

(٢) معاني الأخبار باب معنى المحاقلة والمزاينة : ج/١ ص ٢٧٨ ح/١ .

(٣) سورة النساء : الآية/١٦٠ .

(٤) تفسير العياشي : ج ١ ص ٢٨٤ ح ٣٠٤ .

وفى مجمع البحرين، وماروى من انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المخابرة كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها، ويشترط فيها امور

احدها: الايجاب والقبول ويكفى فيهما كل لفظ دال سواءٍ كان حقيقة أو مجازاً مع القرينة

الزارعون والتجار الامن شح منهم على دينه [١].

(وفى مجمع البحرين، وماروي من انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المخابرة كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها) [٢] فالنهي لاجل الظلم، أوعدم اعطاء الحق، أو عدم الالتزام بالدين أو لاجل النزاع .

(و) كيف كان ، فـ (يشترط فيها امور) وان كان في اشتراط بعضها تأمل كما سيأتى .

(احدها : الايجاب والقبول) لانها عمل طرفين وكل عمل كذلك لابد فيه ذلك، حيث ان العرف يراه والشارع لم يردع عنه والى ذلك يرجع كلام الجواهر وغيره فى تعليلهم الاحتياج اليهما بأنها من العقود بلاخلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه .

(ويكفي فيهما كل لفظ دال سواء كان حقيقة أو مجازاً مع القرينة) لاطلاق الادلة بعد ان العقلاء يرون كفاية كل ذلك ولم يغيره الشارع .

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ الباب ١٨ من أبواب نوادر المزارعة ح/٢ .

(٢) مجمع البحرين : ج ٣ ص ٢٨٢ كتاب الراء مادة « خبر » .

كزارعتك أو سلمت اليك الارض على ان تزرع على كذا ولايعتبر فيهما العربية ولاالماضوية فيكفى الفارسى وغيره والامر كقوله : ازرع هذه الارض على كذا

ومنه يعلم، عدم لزوم القرينة ، اذ لادليل عليها ، فاذا فهم الطرفان مرادهما باللفظ المشترك ، أو المجاز مع القرينة كفى ، اذ المعيار القصد مع المظهر ، وقد حصل المظهر .

ومنه يعلم ، ان قول بعض المعلقين : على نحو يكون ظاهراً في المطلوب غيرظاهر الوجه .

(كزارعتك أوسلمت اليك‌الارض على‌ان تزرع على كذا) كما ذكرالاول الفاضلان والشهيدان وغيرهم، وذكروا انهما من‌باب المثال فيصح مثل‌سلمتها اليك واعطيتها لك وقبلتها لتعمل كذا الي غير ذلك كما ذكربعض تلك الالفاظ جملة منهم .

(ولايعتبرفيهما العربية) للاصل بعد الاطلاقات (ولاالماضوية) لذلك ، وقد ذكرنا فى بعض مباحث [الفقه] عدم اشتراطهما فى أي عقد الا ماقام عليه دليل خاص .

(فيكفى الفارسي وغيره) من اللغات ، بل الظاهر كفاية الاشارة لاعتماد العقلاء عليها، ولادليل خاص من‌الشرع على‌خلافها، وانما يحلل الكلام‌ويحرم الكلام قد اجيب عنه فى باب المعاطات .

(والامر كقوله: ازرع هذه الارض على كذا) كما ذكره الشرائع ، وتبعه

التذكرة والتحرير والارشاد، ومجمع البرهان والكفاية كما حكي عنهم ، و عن الرياض انه مذهب الاكثر، وعن الروضة انه المشهور.

وفى القواعد أو ازرع هذه الارض على اشكال، لكن عن ظاهر الشرائع والتحرير والارشاد في [كتاب المساقات] عدم الاكتفاء به ، كما حكي مفتاح الكرامة عدم الصحة عن الايضاح واللمعة وجامع المقاصد و تعليق الارشاد و الروض والمسالك والروضة والرياض .

و الاقوى الاول : لما عرفت من انه وفق القاعدة ، بالاضافة الى صحيحة يعقوب بن شعيب ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه فيها ماء [رمان خ ل] أو نخل أو فاكهة ، و يقول : اسق هذا من المال واعمره ولك نصف ما اخرجه الله عزوجل ، قال عليه السلام: لا بأس[1] بضميمة فهم عدم الخصوصية.

وفي خبر ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، فيما رواه محمد بن عيسى في نوادره، انه سأل عن مزارعة المسلم المشرك يكون من المسلم البذر جريب من طعام، أو أقل أو أكثر فيأتيه رجل آخر فيقول: خذ مني نصف البذر ونصف النفقة واشركني؟ قال: لابأس[2] ـ الحديث.

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٠٢ الباب ٩ من أبواب المزارعة ح/٢ .
(٢) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٣ الباب ١٠ من أبواب المزارعة ح/١ .

وخبر الدعائم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه سأل عن رجل اكرى أرضاً فقال له: رجل خذ مني نصف البذر ونصف نفقتك واشركني في الزرع واتفقا على ذلك؟ فقال عليه السلام: هو جائز.(١)

أما قول المسالك ان المجيزين اجازوا الامر استناداً الى رواية أبي الربيع الشامي والنضر بن سويد ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك فالاقتصار على لفظ الماضي أقوى فكأنه أراد من جهة اشتمالها على لفظ المضارع مما يدل على عدم خصوصية للماضي فيشمل بالمناط الامر أيضاً .

ومراده بالروايتين ما رواه الشيخ والصدوق عن الشامي، عن أبي عبدالله عليه السلام، انه سأل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر ؟ فقال عليه السلام : لاينبغي ان يسمى بذراً ولا بقراً ، ولكن يقول لصاحب الارض: ازرع في ارضك ولك منها كذا وكذا نصفاً وثلثاً، وما كان من شرط ولا يسمى بذراً ولا بقراً، فانما يحرم الكلام.(٢)

والثاني رواية الكليني والشيخ،عن النضر بن سويد، عن عبدالله بن سنان، انه قال: في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر وثلث للارض قال : لايسمى شيئاً من الحب والبقر، ولكن يقول : ازرع فيها كذا وكذا ان

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص٥٠٣ الباب ١١ من أبواب المزارعة ح/١ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٠٠ الباب ٨ من أبواب المزارعة ح/٦ .

شئت نصفاً وان شئت ثلثاً .[١]

ومثلهما في الدلالة رواية أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره ، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر(ع) قال :في رجل زرع أرض غيره فقال :ثلث للارض و ثلث للبقر وثلث للبذر؟ قال: لا يسمي بذراً ولا بقراً ولكن يقول:ازرع فيه كذا، ان شئت نصفاً، أو ثلثاًوقال المزارعة على النصف جائزة قد زارع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على ان عليهم المؤنة .[٢]

وروى الدعائم، عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال: لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس و أقل واكثر مما يخرج اذا كان صاحب الارض لا يأخذ الرجل المزارع الا بما اخرجت ولا ينبغي ان يجعل للبذر نصيباً، ولكن يقول لصاحب الارض: ازرع في ارضك ولك مما اخرجت كذا وكذا.[٣]

نعم ، يمكن ان يستفاد الامر من ما رواه احمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام انه سأل عن مزارعة المسلم المشرك يكون من المسلم البذر جريب من طعام أو أقل أو أكثر فيأتيه رجل آخر فيقول: خذ مني نصف البذر ونصف النفقة واشركني؟ قال: لا بأس قلت الذي زرعه في الارض لم يشتره انما هو شيء كان عنده؟ قال: يقومه قيمة كما

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٠٠ الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/٥ .

(٢) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٢ الباب ٦ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/٣ .

(٣) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٢ الباب ٦ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/٢ .

يباع يومئذ ثم يأخذ نصف القيمة ونصف النفقة ويشاركه.[١]

واذ قد عرفت اقتضاء القاعدة الصحة ووجود الامر و ان كان من العامل و المضارع الذى يفهم منه الامر أيضاً بالمناط ـ كما ذكـره الايضاح مـن فهم الامـر من المضارع بالاولوية ـ و عدم القول بالفصـل بينـهما ، كان اللازم القول بصحة الامر، سواء كان من المزارع أو العامل، وسيأتي صحة الايجاب من ايهما كان.

بل قال بعضـهم بصحته في النكاح ، لما دل على انه قال : رجل للرسول صلى الله عليه وآله وسلم : زوجني فزوجها اياه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[٢] والوجه في صحة كل من الماضي والمضـارع والامر : ان الانسان اذا ملك شيئاً سواء كان ذلك الشيء خارجيـاً كالعقار والاثاث أو اعتبارياً ، مثل ملك اعطاء الرئيس الاعتبار لورقة باعتبار انه نقد رائج في البلد كان له رفع يده عنه باعطائه لغيره.

وهذا الاعطاء يصح بأى من الالفاظ الثـلاثة عرفاً ، كما يصح بغيرها من الكنايات والاشارات والمجازات والجامع وجود حاك عن الاعطاء وهذه القاعدة العقلائية ،لم يغيرها الشارع الآ في ما دل الدليل عليه والمقام من المستثنى منه لا المستثنى ، فـاذا كانت السلطة للطرفين كان عقداً لان كـل واحـد منهما

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٣ الباب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٤ ص ١٩٥ الباب ٢ من كتاب عقد النكاح ح/٣ .

أو المستقبل أو الجملة الاسمية مع قصد الانشاءِ بها ، وكذا لايعتبر تقديم الايجاب على القبول

يحتاج الى رفع سلطنه فى مقابل رفع الاخر لسلطته، واذا كانت لطرف واحد كالعتـق والطلاق كان ايقاعاً وبذلك ظهر مواقع النظر فى كلام المستمسك فراجـع .

(أو المستقبل) كما تقدم في النص، وتقتضيه القاعدة، ولافرق في المستقبل بين الخطاب وغيره ، كما اذا قال مالك الارض : يزرع زيد العامل كذا بكذا فلماعلم، قال:قبلت ، أو قال الزارع: ازرع أرض فلان بكذا، فلما سمع المالك قال : قبلت، وذلك لان العرف يرى ذلك مزارعة، ولادليل على ردع الشارع.

(أوالجملة الاسمية مع قصد الانشاء بها) مثل قوله: انى مزارع معك هذه الارض على كذا، أما اذا قال : من زرعه فله كذا، فهو جعالة، والدليل على صحة الجملة الاسمية والفعلية ما تقدم في الامر والمستقبل.

(وكذا لايعتبر تقديم الايجاب على القبول) حيث ان القبول تأثر باختيار للاثر، ولايعقل تأخر المؤثر من المتأثر لابد وان يراد القبول العرفي ، فاذا قال الخياط: اني أقبل ان أخيط قبائك ، فقال: نعم خط لي تقدم القبول العرفي على الايجاب ، فاذا كان القبول كاشفاً عما سيفعله بعد ايجابه لم يكن ذلك طرفاً للعقد اذ هو اخبار لاانشاء والعقد انشاء،وليس باخبارعن الماضي والمستقبل .

أما اذا كان انشاءاً لما يكون في طرف القابل بهذا اللفظ أو انشاءاً بهذا اللفظ لطرف العقد ـ اذ لايلزم في العقد الاعطاء كل طرف ماله عطائه كما تقدم

ويصح الايجاب من كل من المالك والزارع بل يكفى القبول الفعلى بعد الايجاب القولى على الاقوى

سواء جعلاه بانشاء الايجاب والقبول، أو بانشائين متقابلين ـ فقد كفى، ولذا تقدم عن المصنف الاحتياج الى قصد الانشاء.

(ويصح الايجاب من كل من المالك والزارع) كما في كل العقود كذلك الا اذا قيل بالاجماع في النكاح، اذ لاخصوصية لكون احدهما موجباً و الاخر قابلا حتى في البيع بالنقد فيبيع الدينار بمن حنطة، أو بالعكس، او ينشاء كل اعطاء ما عنده بمقابل ما عند الاخر، وقد ذكرنا في بعض المباحث انه لو لا الاجماع امكن ذلك في النكاح أيضاً لانه في الحقيقة اعطاء كل منهما نفسه في قبال اعطاء الاخر نفسه فلاوجه عقلي للالتزام بكون المرأة موجبة والرجل قابلا، بل يمكن العكس، وكذلك يمكن التعاطي، ويدل على ايجاب الزارع الروايات الاربعة المتقدمة الواردة بلفظ [ازرع].

(بل يكفي القبول الفعلي) من المالك والزارع (بعد الايجاب القولي) من الطرف الاخر (على الاقوى) فيقول المالك: اعطيك هذه الارض، لان تزرعها الخ فيتسلم الزارع الارض ويشتغل بالعمل فيها، أو يقول الزارع: اني أخذ هذه الارض لازرعها الخ فيخرج المالك من الارض بقصد تخليتها للزارع ويتسلمها الزارع، وكفاية القبول الفعلي مذكورة في القواعد ونقلها مفتاح الكرامة عن تعليق الارشاد ومجمع البرهان والكفاية قال: لحصول الدلالة به على الرضا.

أقول: أي انشاء العقد بالرضا لو صرح ان الرضا وحده ليس عقداً خلافاً

وتجرى فيها المعاطاة وان كانت لاتلزم الابالشروع فى العمل.

لما عن التذكرةوالارشاد واللمعة وجامع المقاصدوالمسالكوالروضةوالرياض حيث قالوا بانه لابد من القبول اللفظي،لانه لم يثبت كون الفعلي سبباً ملزماًعند الشارع .

أقول : حيث ان الشارع لم يصرح بما يخالف العرف والعرف يرى الكفاية كان ذلك ممضى من الشارع .

(وتجري فيها المعاطاة) كما يظهر من كلماتهم، ونص عليه الجواهر،ويدل عليه ما ذكروه في[كتاب البيع] من شمول الادلة العامة للمعاطاة والمعاطاة هنا ان يعطي صاحب الارض للزارع ، اذ لاطرفين في التعاطى.

اما قوله : (وان كانت لاتلزم الا بالشروع في العمل) ففيه انه اول الكلام اذ لو صدق العقد ـ كما يصدق عرفاً ـ لاوجه لعدم لزومها.

وان استدل له المستمسك بقوله: للاجماع على عدم لزوم المعاطاة الابالتصرف المانع من الرد، فان الاجماع مخدوش صغرى و كبرى،ولافرق في اللزوم بين ان يكون الطرفان عملا، او كان أحدهما لفظاً مع ان ظاهر القواعد وغيره تحقق اللزوم بالثاني ، قال العلامة: فيه ولابد فيهامن ايجاب[الى ان قال :]ومن قبول وهو كل لفظ ، او فعل دل على الرضا و هو عقد لازم من الطرفين لايبطل الا بالتقايل الخ وظاهره ان الحكم اللزوم، وان كان من احدهما الفعل.

وقال في مفتاح الكرامة : صحة القبول بالفعل ولزوم العقد به خيرة تعليق الارشاد ومجمع البرهان والكفاية، ثم قال مفتاح الكرامة: تسمية ما اشتمل على القبول الفعلى عقداً مسامحة ، وانما هو معاطاة الى آخر كلامه ، فاذا تحقق ان

الثانى : البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لسفه أو فلس ومالكية التصرف فى كل من المالك والزارع

المعاطاة شاملة لما كان طرفاه، او احد طرفيه فعلا ، وقال الجماعة المذكورة ان الثاني لازم استفيد منه اللزوم فيما كان طرفاه فعلا أيضاً ولا اجماع في المسألة .

ثم ان هذا العقد يدل عليه الأدلة الاربعة ، قال تعالى : « أوفوا بالعقود »[1] وقال صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[2]. بناءاً على شمول الشرط للعقد أيضاً ، كما نص عليه غير واحد والاجماع ادعاه جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم ، كما حكي عنهم ، والعقلاء يرون العقد لازماً الاماخرج بدليل خاص عندهم، وليست المزارعة من المستثناة، ولذاالذي ذكرناه اشكل غيرواحد من المعلقين على قوله : [الا] .

نعم ، جماعة آخرون منهم السادة ابن العم والجمال والبروجردى سكتوا على الماتن .

(الثاني : البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجرلسفه أوفلس) حيث فصلنا الكلام حول هذه الشروط في [كتاب المضاربة] وغيره، فلاداعي الى تكراره اذ الدليل فيهما عام يشملهما وغيرهما .

(ومالكيةالتصرف في كل من المالك والزارع) بأن لاتكون الارض مرهونة مما يسبب عدم القابلية ، ولاان يكون عمل الزارع لغيره باجارة ونحوها، فهذا

---

(١) سورة المائدة : الآية/١ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

نعم ، لايقدح فلس الزارع اذا لم يكن منه مال لانه ليس تصرفاً مالياً .

الثالث : أن يكون النماء مشتركا بينهما فلو جعل الكل لاحدهما لم يصح مزارعة.

الشرط لقصور في موضوع التصرف والشرائط السابقة لقصور في المتصرف.

(نعم، لايقدح فلس الزارع) بل ولا سفهه، اذ لادليل على اشتراط ان لايكون احدهما (اذا لم يكن منه مال لانه ليس تصرفاً مالياً) وان كان المعلقون لم يستثنوا السفه ، بل ابقوا اطلاق المتن ، كما ان كثيراً من الفقهاء لم يستثنوا فلس الزارع.

(الثالث : أن يكون النماء مشتركا بينهما) بنحو الكسر المشاع كالثلث والنصف ،كما دل على ذلك النص والفتوى ، وقد تقدم بعض الادلة على ذلك كما سيأتي بعضها الاخر .

(فلو جعل الكل لاحدهما لم يصح مزارعة) وقد ادعوا الاجماع على ذلك بالاضافة الى انه خلاف العرف ولم يقرره الشرع .

قال في مفتاح الكرامة: لان المنقول عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته انما ورد على الاشتراك في الحصة والامور الشرعية متلقاة منهم عليهم السلام، ولايجوز التجاوز ثم ادعى عدم الخلاف في ذلك .

نعم، يصح ذلك حسب الشرط في ضمن عقد لازم، وهل يصح معاملة غير مزارعة ؟ كما قد يتوفر الداعي العقلائي لذلك ، مثلا : الدولة تأخذ الاراضي البائرة فيحتال المالك لبقاء أرضه باعطائها لمن يزرعها بكل حاصلها ، أو ان

الرابع : ان يكون مشاعاً بينهما ، فلوشرط اختصاص أحدهما بنوع كالذى حصل أولا والاخر بنوع آخر أو شرطا أن يكـون ما حصل من هذه القطعة من الارض لاحدهمـا وماحصل من القطعة الاخرى للاخر لم يصح.

الزارع اذا بقي بلاعمـل أخذ سخرة قهراً فيعطي نفسه ، لان يعمـل في الارض ويكون للمالك كل حاصله لاجل الفرار من السخرة أو لايصح احتمالان .

(الرابع : ان يكون مشاعاً بينهما ، فلو شرط اختصاص أحدهما بنوع ـ كالذي حصل أولا) أو الحنطة مثلا فيما يزرع فيها حنطة وغيرحنطة .

(والاخر بنوع آخر) أو احدهما بالنوع الاجود والاخربالاردي .

(أو شرطا أن يكون ماحصل منهذه القطعة منالارض لاحدهما وماحصل من القطعة الاخرى للاخر لميصح) شرعاً وان لميكنفيه محذور عند العقلاء ، ويأتي هنا الكلام في الشرط الثالث من انه هل يصح معاملة اخرى أم لا ؟ بعد وضوح صحته حسب الشرط في عقد لازم .

وفي صحيح الحلبي ، عن أبيعبدالله عليه السلام : لاتقبل الارض بحصة مسماة ،وبالنصفوالثلث والربع والخمسلابأسبه ، وقال : لابأسبالمزارعة بالثلث والـربع والخمس(١) ونقل مفتاح الكرامة عند قول العلامة يشترط فـي الحصة أمر ان العلم بقدرها والشياعذ لك عـن النهاية والخلاف والمبسوط

---

(١) الوسائل : ج/١٣، ص ٢٠٠ الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/٧ .

الخامس : تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك فلو قال : أزرع هذه الارض على ان يكون لك أولى شيء من حاصلها بطل .

السادس : تعيين المدة بالاشهر والسنين فلو أطلق بطل

وغيرها من كتب المتقدمين وعن الوسيلة والغنية والسرائر والشرائع وغيرهم قال: بل لاأجد في ذلك خلافاً ولاتأملا، وفي المستمسك بلاخلاف ظاهر، وعن مجمع البرهان كأنه اجماع .

(الخامس : تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أوالربع أو نحو ذلك) لامااذا ابهم (فلوقال: أزرع هذه الارض على ان يكون لك أولى شيء من حاصلها بطل) كما هو المصرح به في كلام جماعة ، بل عن التذكرة الاجماع عليه ، والمراد كل شيء مجهول كالجزء والنصيب والبعض كما في مفتاح الكرامة وغيره ويدل عليه بالاضافة الى جملة من الروايات كما تقدم بعضها انه يوجب الغرر ، وقد نهى النبي عن الغرر .

وهل يشترط علمهما بقدر المعين مشاعاً أم يكفي عرفان العرف ؟ لايبعد الثاني، لاطلاق الادلة بعد تعارف هذا الشيء في المعاملات حتى في مثل البيع ونحوه، حيث كثيراً مالايعلم المسافران الحقة أو الكيلو أو ماأشبه كم يساوي من وزن بلده ، وكذلك لايعلم مقدار قيمة التومان الشرائية في العراق ودينار العراقي في ايران، الى غير ذلك ، ولذا لايعد ذلك غرراً .

(السادس : تعيين المدة بالاشهر و السنين فلو أطلق بطل) حكاه مفتاح

نعم ، لوعين المزروع أو مبدء الشروع فى الزرع لايبعد صحته اذا لم يستلزم غرراً

الكرامة عن المقنعة والمراسم والكافي والمبسوط والمهذب والوسيلة و الغنية والسرائر والارشاد وغيرهم ، وفي الجواهر بلاخلاف معتدبه، بل لعل الاجماع عليه ، وعن التذكرة الاجماع عليه ، والدليل عليه الغرر ، فقد ورد نهي النبي صلى‌الله عليه وآله وسلم عن الغرر[1]،وهو وان كان ضعيف السند الا انه مجبور بالعمل ، و انه بدون التعيين خلاف مقتضى العقد العرفى الذي قرره الشارع ، ولذا استدل به في المسالك .

ومنه تعلم ، ان قول المستمسك فى رده : انه لايرجع الى دليل غيرظاهر الوجه .

و خبر أبى الربيع الشامى الذي استدل به غير واحد ، عن أبي عبد الله عليه السلام، سألته عن أرض يريد رجل انيتقبلها فأى وجوه القبالة احل؟ قال يتقبل الارض من أربابها بشىء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدى الخراج[2]،فانه بالاطلاق ، أو المناط يشمل المقام ، ولايخفى ان ليس مرادالمشهور خصوصية التعيين بالزمان .

ولذا قال المصنف : (نعم ، لو عين المزروع أو مبدء الشروع في الزرع لايبعد صحته اذا لم يستلزم غرراً) ولذا كان المحكى عن المفاتيح والرياض

---

(١) الوسائل : ج/١٢ ص ٢٣٠ الباب ٤٠ من أبواب اداب التجارة ح/٣ . انظر كنز العمال : ج/١ ص ٢٢١ ح/٤٩٢٠ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ٢١٤ الباب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/٥ .

بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً اذا كانت الارض ممالايزرع في السنة الامرة ، لكن مع تعيين السنة

ان هناك جماعة منا مصرحين بعدم اشتراط تعيين المدة والاكتفاء بتعيين المزروع عنها .

نعم، ذكر الفاضلان في الشرائع والقواعد و التذكرة والتحرير، و كذا المسالك عدم كفاية تعيين المزروع عن المدة ، واستدل لذلك بالغرر، وفيه ما لايخفى .

و منه يعلم ، ان قول السيد البروجردي : انه مستلزم للغرر في العادة غير ظاهر الوجه ، كيف وبناء المزارعات العرفية تحديد وقت العمل بالزراعة أو مبدء الزرع ،كما ان قول بعض المعلقين بلزوم تعيين المنتهى أيضاً غير ظاهر لان الزرع معلوم منتهى .

نعم ، اذا كان مرادهما عدة زراعات في ما يزرع مرات في السنة ، أو مرة في كل سنة ، لكن لم يعينا كم زراعة كان اللازم تعيين أما المنتهى ، و أما المرات ، لان عدم التعيين غرر .

أما قول المستمسك : ربمايكون تعيين المدة موجباً للغرر اذا كان من المحتمل عدم بلوغ الزرع فيها ، لان في ذلك تعريضاً لضياع الزرع ، بناءاً على استحقاق المالك قلعه عند انتهاء المدة أو الخسارة المالية ، بناءاً على غير ذلك ، فهو تام في نفسه ، وان كان مراد الطرفين لايشمل ذلك ، لانه خارج عن عمل المتعارف .

ومما تقدم يعرف وجه قوله : (بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً اذا كانت الارض ممالايزرع في السنة الامرة ، لكن مع تعيين السنة) فاذا كانت

لعدم الغرر فيه ولادليل على اعتبار التعيين تعبداً والقدر المسلم من الاجماع على تعيينها غيرهذه الصورة ،وفى صورة تعيين المدة لابد وان تكـون بمقدار يبلغ فيه الزرع

الارض لاتزرع فـي السنة الأمرة واحدة لم تتفاوت المالية باختلاف الابتداء والانتهاء (لعدم الغررفيه) حتى يشمل دليل نهي النبي صلى‌الله عليه وآله وسلم عنـه .

(ولادليل على اعتبار التعيين تعبداً) بل الدليل ، أما الغرر وقد عرفت نفيه في المقام ، وأما تعارف ذلك عند العقلاء حيث ان الشارع امضاه ، وقدعرفت عدم الخصوصية عندهم .

(و) أما الاجماع وفيه ان (القدر المسلم من الاجماع على تعيينها غير هذه الصورة)كما تقدم نقله عن جماعة منا .

(وفي صورة تعيين المدة لابد ، وان تكون بمقدار يبلـغ فيه الزرع) قال في القواعد : ولـوشرطا مدة يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظناًصح ، وقال في مفتاح الكرامة :كما في جامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض .

أقول : والظاهـر ان مراده بالظن الـذي يعتمد عليه العقلاء ، اذ بـدون ذلك غرر،وانما العقلاء يعتمدون على الظن لغلبة عدم العلم بالدقة ببلوغ الزرع في مدة محدودة ، فان الطقس وما أشبه له مدخلية في سرعة البلوغ وبطئه ، وقد ذكر المستمسك كلاماً طويلا لخصة في انه لادليل لفظي على مانعية الغرر في المقام ، وانمـا هي مستفادة من ظهور الاجماع ، وان اندفاع الغرر يكون

فلاتكفى المدة القليلة التى تقصر عن ادراك النماء

بتعيين المزروع ونحو ذلك بلا حاجة الى تعيين المدة ، وان تعيين المدة غير جائز ، أمالانه مفوت للمقصود أو انه عبث ولغو فلايكون له أثر ، وفى الكل ما لايخفى ، اذ مانعية الغرر مستفادة من القاعدة العقلائية في المعاملة والنص المعمول به والاجماع ، وتعيين المدة من أوجه دفع الغرر ، وليس بعبث ولا مفوت للمقصود .

(فلاتكفي المدة القليلة التي تقصر عن ادراك النماء) سواءكان النماء ثمراً أو زهراً أو ورقاً أوغصناًأوحطباً،وهذا هو المحكى عن الايضاح وجامع المقاصد والمسالك والرياض وغيرهم ، خلافاً لمانسبه مفتاح الكرامة من الصحة الى ظاهر اطلاق المقنعة والمراسم والمبسوط والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجملة من كتب الفاضلين ، وظاهر القواعد التوقف قال : ولو علم القصور فاشكال .

استدل الاولون : بأن ذلك خلاف وضع المزارعة وانه مفوت للغرض اذالغرض الحصةمن النماء ،ولايتحقق في المدة الناقصة، فهو خلاف مقتضي العقد.

واستدل للاخرين بعموم أوفوا بالعقود ، وانه يمكن التراضي بالابقاء بعد المدة، وانه حيث زرع بحق فالواجب ابقائه،وانه يمكن أن تكون مدة استيلاء ذي الارض قليلة فتنتقل الى نفس العامل بارث أواجارة أو مـا أشبه ، فيكون لذي الارض الحصة المقررة ، وكان توقف العلامة لتضارب الدليلين ، ولكن الظاهر التفصيل بين ما اذاكان العمل عقلائياً ـ كما فيما اذاكانت مدة صاحب الارض

السابع : ان تكون الارض قابلـة للزرع ولو بالعلاج فلو كانت سبخة لايمكن الانتفاع بهـا أو كان يستولى عليها الماء قبـل أو ان ادراك الحاصل أو نحو ذلك أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك ولم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل

قليلة وبعدها تنتقل الى نفس الزارع مثلا ـ فالصحة والا فالبطلان، وبه يظهر ان اطلاق كلا القولين محل نظر .

(السابع : ان تكون الارض قابلة للزرع ولو بالعلاج) كما هو المشهور المنسوب الى الشيخ والفاضلين والشهيدين وغيرهم، بل قد يلوح من الكفاية الاجماع عليه ـ كما في مفتاح الكرامة ـ .

نعم ، لم يتعرض لهذا الشرط في المقنعة والمراسم والنـهاية والسرائر و الوسية والكافي والغنية كما حكى ، ولعله لوضوحه لم يتـعرضوا له ، بل في المستمسك عند قول المصنف : [بطل] البـطلان أوضح من ان يستدل عليه بالاجماع.

(فلو كانت سبخة لايمكن الانتفاع بها أوكان يستولي عليها الماء) أوالملح أو الجراد أو ما أشبه (قبل أو ان ادراك الحاصل) المقـرر ، أو أى حاصل (أو نحو ذلك) من الافات السماوية والارضية.

(أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك) كاجراء القنات (ولم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل) لانه خلاف عقد المزارعة عند العقلاء والشارع انما امضى المزارعة العقلائية، كما تقدم.

الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما مع اختلاف الاغراض فيه فمع عدمه يبطل الا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين أو كان مرادهما التعميم وحينئذ فيتخير الزارع بين أنواعه

وقد قال في مجمع البرهان: ان اشتراط هذا الشرط ظاهر، ولعله قصد ما ذكرناه، وحيث ان الشرط واقعي لم يفرق فيه بين العلم بعدم القابلية وعدم العلم بها والعلم بالقابلية جهلامركباً .

(الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما) لكن هذا الشرط ليس مطلقاً ، بل انما يكون (مع اختلاف الأغراض) للعقلاء (فيه) فانه مع اختلاف اغراضهم اذا لم يعينا لاتكون مزارعة عقلائية فلاتشملها الادلة .

(فمع عدمه يبطل) وبذلك يظهر ان قول المستمسك : الظاهر من العبارة البطلان حتى مع ارادة التعميم غير ظاهراذ ظاهر مراد المصنف ان في صورة اختلاف الأغراض حتى اغراضهما اذا لم يعينا بطل ، و قد صرح بذلك بعد جمل.

(الا ان يكون هناك انصراف يوجب التعيين) وارادته ولو ارتكازاً ، فان العقود تتبع القصود.

(أوكان مرادهما) ولو ارتكازاً (التعميم وحينئذ فيتخير الزارع بين انواعه) سواء كان تعميماً مطلقاً أو في دائرة خاصة، مثل الأشجار ذات الفواكه، أونحو ذلك.

قال في القواعد: اطلاق المزارعة يقتضي تخيير العامل في زرع أي نوع شاء ـ انتهى.

التاسع : تعيين الارض ومقدارها فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة أو من هذه المزرعة أو تلك، أو لم يعين مقدارها بطل مع اختلافها بحيث

وهذا هو الاشهر كما عن الكفاية و الرياض وفي الاخير ان عليه عامة من تأخر بل عن الغنية الاجماع عليه.

ومنه يعلم، ان ما عن التذكرة من انه يحتمل قوياً وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات، وفي جامع المقاصد انه الاصح و لم يقل به أحد قبله ولا بعده ان ارادا عدم صحة الاطلاق فهو خلاف الاطلاق وقاعدة العقلاء في كثير من الموارد، وان أراداه في مورد خلاف كون الاطلاق قصدهما فذلك ليس منافياً لكلام المشهور ، وان قيل: ان اللازم التعيين في صورة اختلاف اغراض العقلاء والاكان من الغرر وخلاف المزارعة العقلائية.

ففيه: انه مع ارادتهما الاطلاق لاغرر، وارادة كثرة من العقلاء قسماً خاصاً لايوجب احتكار الامر عليه حتى لا يشمل ماعداه اطلاق أدلة المزارعة ، وقول المستمسك: ان الرضا بالتعميم لايرفع مانعية الغرر، فيه ان الغرر عقلائي ، فاذا أقدم العقلاء على شيء لم يكن ذلك مصداقاً للغرر.

(التاسع: تعيين الارض) هل هي أرضه في العراق، أوفي الحجاز مثلامن القطعة الفلانية (و مقدارها) جريب أوجريبان الى غير ذلك .

(فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة أو من هذه المزرعة أو تلك أو) عينهما لكن(لم يعين مقدارها) بأن قال: من هذه المزرعة من هذه القطعة منها، لكن لم يقل جريب أو جريبان (بطل) العقد (مع اختلافها) أي الارض (بحيث

يلزم الغرر نعم، مع عدم لزومه لايبعد الصحة كأن يقول: مقدار جريب من هذه القطعة من الارض التى لااختلاف بين أجزائها أو أى مقدار شئت منها ولا يعتبر كونها شخصية فلو

يلزم الغرر) لنهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر[1]، و لانه خلاف المزارعة العقلائية.

(نعم، مع عدم لزومه) أي لزوم الغرر في اطلاق الارض (لا يبعد الصحة) لاطلاق الادلة.

وان شئت قلت : انه قد يكون الغرر موجوداً ومع ذلك يقدمان عليه ، و هذا لا يصح، لان الشارع نهى عنه، وقد لايكون غرر وهنا يصح.

(كأن يقول: مقدار جريب من هذه القطعة من الارض التي لااختلاف بين اجزائها) أويقول : احدى هذه القطع ، و كون مثل هذا فرداً مردداً ، ومثله لا وجود له في الخارج غير تام، اذ هو كالكلي في المعين فالجواب هناك يأتى هنا (أو أى مقدار شئت منها) لاقدام العقلاء على مثل ذلك وهذا غير الكلي في المعين، وان وجهه بعض المعلقين بذلك ، وفيه ما لايخفى، كما ان ابن العم و بعض آخر اشكلوا فيه ، و كأنه خلاف المعاملات المتعارفة ، لكن الظاهر انه لابأس به.

(ولا يعتبر كونها شخصية فلو) جعله على نحو الكسر المشاع صح سواء كان بنفسه مالكاً للكسر المشاع، أوكان الكل له لبناء العقلاء، واطلاق الادلة.

---

(١) الوسائل : ج/١٢ ص ٢٣٠ الباب ٤٠ من أبواب اداب التجارة ح/٣ .

عين كلياً موصوفا على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحته وحينئذ يتخير المالك فى تعيينه .

العاشر: تعيين كون البذر على أى منهما

و كذا لو (عين كلياً موصوفا على وجه يرتفع الغرر) أو كلياً في المعين (فالظاهر صحته) خلافاً لمن جعل الصحيح الكلي في المعين فقط ، اذ لاوجه للفصل ، فان جاز جاز في كليهما ، و الا لم يجز في كليهما ، ووجه الجواز ما تقدم من بناء العقلاء ، واطلاق الادلة ، ولانه لافرق بين المقام وبين سائر المعاملات ، حيث بناء العقلاء على الصحة في الكلي المطلق ، والكلي في المعين والكسر المشاع .

نعم ، لعله لايصح الكلي المطلق في الوقف لانه خلاف بناء العقلاء وخلاف الكيفية المتلقات من الشارع .

(و حينئذ يتخير المالك في تعيينه) سواء كان على نحو المطلق ، أو في المعين ، فقول السيد البروجردى : الظاهر بطلانه اذا لم يكن كلياً في المعين بل صحته فيه أيضاً محل تأمل غير ظاهر الوجه .

(العاشر : تعيين كون البذر على أي منهما) المالك أو العامل أو بالاشتراك مع الاختلاف في القدر أو التساوي مع وحدة جنس البذر أو تعدده .

قال في القواعد : وتصح المزارعة اذا كان من احدهما الارض خاصة ، ومن الاخر البذر و العمل والعوامل ، و كذا اذا كان البذر لصاحب الارض و العمل منه ، أو كان البذر منهما سواء اتفقا فى الحصة او اختلفا ، وسواء تساويا

وكذا سائر المصارف واللوازم

في البذر أو تفاوتا ، وفي صحة كون البذر من ثالث نظر ـ انتهى .

و قال في محكى المسالك و الروضة : تجوز الاحتمـالات الممكنة مع الاشتراك في الامور الاربعة كلا أو بعضاً فمتى كان من أحدهما بعضهاولوجزءاً من الاربعة ، ومن الاخر الباقي مع ضبط ما على كل واحد منهما صحت .

(و كذا سائر المصارف و اللوازم) وذلك لصدق المزارعة عند العقلاء و تعارف كل الاقسام ، فيشمله اطلاق أدلة المزارعة .

و عن جامع المقاصد الاطباق على صحة المزارعة مع كون البذر على المالك ولاينافى ذلك الابعض الروايات .

كصحيحة يعقوب بن شعيب ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : و سألته عن المزارعة ؟ قال : النفقة منك و الارض لصاحبها ، فما اخرج الله تعالى من شيء قسم على الشطر ، و كذلك اعطى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خيبر حين اتوه فاعطاهم اياها على ان يعمروها و لهم النصف مما اخرجت (١) و بعد الاجماع المذكور ، و فتوى المشهور لابد من حمل الرواية على تعارف ذلك في ذلك الزمان ، لاانحصار المزارعة ، ويؤيده خبر الكرخي .

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٠٣ البـاب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/٢ .

اذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه ولو بسبب التعارف .

(اذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه) قصده الطرفـان ، اذ العقود تتبع القصود .

(ولو) كان الانصراف (بسبب التعارف) و الحاصل الامر دائر مدار القصد سواء كان انصراف أم لا ؟ .

مسألة ـ ١ ـ لايشترط في المزارعة كون الارض ملكاً للمزارع بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالاجارة أو الوصية أو الوقف عليه أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق

(مسألة ـ ١ ـ لايشترط في المزارعة كون الارض ملكاً للمزارع) اذ لا دليل على ذلك ، فبناء العقلاء على كفاية الاستيلاء المشروع محكم بعد امضاء الشارع له .

(بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه) المشروعة (كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالاجارة)أو الجعالة أو الهبة أو اشتراء المنفعة أو الشروط .

(أو الوصية أو الوقف عليه) أو غير ذلك من أقسام الملك والوقف الذري ملك ، كما حقق في محله .

(أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولي الوقف العـام أو الخاص و الوصي) و الولي والحاكم في الاراضي التي له استيلاء عليها ونائبه .

(أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق) وذلك لكفاية الاولوية في صحة المزارعة ،وذلك لبناء العقلاء وعدم ردع الشارع، ولادليل على اعتبار الملكية فيها ، فاذا زارعها تصبح ملكا له .

ومنه يعلم ، وجه النظر في قول السيد البروجردي : لايكفي التحجير في صحتها ، اذ التحجير يفيد أولوية باحيائها ،وعدم جواز مزاحمته فيه لا اختصاصه

ونحو ذلك أو كان مالكا للانتفاع بها كما اذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره بل يجوز أن يستعير الارض للمزارعة نعم لو لم يكن له فيها حق أصلا

بمنافعها حتى لايجوز لغيره التصرف فيها الاباذنه .

(ونحو ذلك) كما اذا وضع فيه شيئاً ، و لايخفى ، ان هذا فرد خفي من السبق ، ولذا قال السيد الجمال ، ويتم مالكية من له حق السبق والتحجير بهذه المزارعة ،أقول اذ لافرق بين احياء الانسان بنفسه، أو احيائه بعماله و كون الارض لمن عمل فيها كما ذكره بعض الاقتصاديين المائلين الى الشرق لاوجه له عقلا ولاشرعاً كما فصلناه في كتاب [الفقه الاقتصاد] .

(أو كان مالكاً للانتفاع بها كما اذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره) كما سيأتي الكلام فيه في المسألة الثالثة عشرة انشاء الله تعالى .

(بل يجوز)أي تصح المزارعة (أن يستعير الارض للمزارعة) اذ يكون له حق في الارض ، فيشمله الادلة .

فقول بعضهم : انه لايصح، لان المستعير يملك الانتفاع من غير تسلط على المعير ولايملك التمليك عليه، ولاايجار حق الزراعة للغير عليه ، غير ظاهر المراد.

(نعم لو لم يكن له فيها حق اصلا) أو كان حق لغير المزارعة ، كما اذا استأجر أرضاً لغير الزراعة ، أو أعارها اياه لاللزراعة ، الى غير ذلك من الامثلة .

لم يصح مزارعتها فلا يجوز المزارعة فى الارض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك فان المزارع والعامل فيها سواء ؟

نعم تصح الشراكة فى زراعتها مع اشتراك البذر أو باجارة أحدهما نفسه للاخر فى مقابل البذر أو نحو ذلك لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة

(لم يصح مزارعتها) اذ لاوجه اختصاص له يعطيه لغيره فى قبال شيء من الحاصل .

(فلا يجوز المزارعة فى الارض الموات مع عدم تحجير أو سبق او نحو ذلك فان المزارع والعامل فيها سواء) وهل له حق فيما اذا كان اسمه حافظاً ؟ كما اذا كانت اللصوص تخاف سلطانه ، فاذا نسبت الزراعة اليه تجنبوا افسادها فيقول للعمال : اعملوا ولى كذا من الحاصل ، لاتبعد الصحة لانه أمر عقلائى لم يظهر ردع الشارع عنه ، وتكون الحصة فى قبال الحفظ الحاصل من كون اسمه على الارض ، وان كانت المسألة بحاجة الى التأمل ، ولو جعلوه صلحاً أو شرطاً فى ضمن عقد لازم لم يكن اشكال فى صحتها .

(نعم تصح الشراكة فى زراعتها مع اشتراك البذر) أو العوامل ، أو نحو ذلك ، و لكن الكلام فى انه هل يكون حينئذ من باب المزارعة ؟ أو من باب عقد آخر ، مشمول لقوله تعالى : «أوفوا بالعقود» .

(أو باجارة أحدهما نفسه للاخر فى مقابل البذر أو نحو ذلك) كالصلح والهبة وغيرهما .

(لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة) التى لها أحكام خاصة .

ولعل هذا مراد الشهيد فى المسالك من عدم جواز المزارعة في الاراضى الخراجية التى هى للمسلمين قاطبة الا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر فمراده هو فيما اذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها

(ولعل هذا مراد الشهيد فى المسالك من عدم جواز المزارعة فى الاراضى الخراجية التى هى للمسلمين قاطبة) فليس مراده لانها ليست ملكاً، بل مراده مالم يكن لاحدهما استيلاء عليها بالاجارة من ولى الامر قال: انه لاتشرع المزارعة اذا لم تكن الارض ملكاً لاحدهما كما فى الاراضى الخراجية.

(الا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر) على ما تقدم كيف و قد ورد فى النص جواز ذلك.

ففي صحيح الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، في حديث انه سأل عن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث؟ قال: نعم، لابأس به، فقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم خيبر اعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف،(١) ومثله خبر الفيض بن المختار(٢) وغيره.

(فمراده هو فيما اذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها) من أنواع الاختصاصات التي تقدمت الاشارة اليها.

---

(١) الوسائل: ج/١٣ ص ٢٠٠ الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ح/٨.

(٢) الوسائل: ج/١٣ ص ٢٠٨ الباب ١٥ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ح/٣.

والافلااشكال فيجوازها بعد الاجازة منالسلطان كما يدل عليه جملة من الاخبار .

(والا فلااشكال في جوازها بعد الاجازة من السلطان) اجازة مشروعة.

(كما يدل عليه جملة منالاخبار) وقد كثرالكلام حول مراد المسالكمما لايهم التعرض له بعد وضوح الحكم.

مسألة ـ ٢ ـ اذا اذن لشخص فى زرع أرضه على ان يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحته

(مسألة ـ ٢ ـ اذا اذن لشخص في زرع أرضه على ان يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما) سواء كان سائر الخصوصيات كالارض و المدة ونحوهما معلوماً أم لا ؟

(فالظاهر صحته) لاطلاق تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم[1]،فالمالك متسلط على ماله والزارع متسلط على نفسه، ويكون الوارد كما اذن ،لان العامل يستحق اجرة أرضه، اذ هو نوع معاملة عقلائية، فيشمله أوفوا بالعقود،وان لم يكن لازماً من أحَد الطرفين، لانه عقد اذني كالوكالة والسيدان ابن العم والبروجردي اشكلا في ذلك قال الاول: في هذه الفروع وامثالها اشكال. وقال الثاني : صحته في غاية الاشكال، فان مرجعه الى جعل شيء على الزارع لنفسه من دون ان يستحق الزارع عليه احداث الزرع في أرضه ولا ابقائه الى أوان بلوغه ، وهذا من اعظم الغرر .

وفيه: انه انتفاع في قبال انتفاع وهو عقلائي، وان لم يكن من أحد الطرفين لازماً ، وكونه غرراً عقلائياً ممنوع، وهل هذا الا مثل المضاربة في ان للمالك الفسخ اذا شاء ،وكذا للعامل، وهل يقول السيدان المضاربة أيضاً غرر، ثم قد تقدم ان الزرع اذا كان باجازة المالك يشكل ان يكون الحق لصاحب الارض

(١) البحار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

وان لم يكن من المزارعة المصطلحة بل لا يبعد كونه منها أيضاً وكذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع وان لم يعين شخصاً وكذا لو قال: كل من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه مثلا فأقدم واحد على ذلك فيكون نظير الجعالة

في اجباره على قلعه اذا كان فيه ضرر على الزارع.

(وان لم يكن من المزارعة المصطلحة) لانها عقد، وهذا اذن (بل لا يبعد كونه منها أيضاً) اطلاقه ممنوع، اذ قد عرفت ان الاذن غير العقد.

نعم، اذا كان المزارع في مقام انشاء العقد، وكان الاذن الماعاً الى انشائها وقبل الزارع قولا او فعلا كان عقداً.

(وكذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع وان لم يعين شخصاً) فان هذا يختلف عن الاول في ان الاول اذن لشخص خاص، وهذا اذن عام، وقد تقدم ان الاذن قد يكون مع ذكر الخصوصيات، وقد يكون بدون ذكرها، و من عدم الذكر هذا، ومثله العكس كأن يقول: شخص من أخذ بذري وعواملي وزرع بها ارضه فلي النصف وهو صحيح ايضاً، حيث قد تقدم في اول الكتاب ان كون الايجاب من احدهما والقبول من الاخر غير لازم، بل يمكن العكس، او جعل الطرفين في العقد سواء.

(وكذا لو قال: كل من زرع ارضي هذه او مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله او ثلثه مثلا) والفرق بين هذا والاذن ان هذا جعل نفسي والاذن مستفاد منه بخلاف الاذن فانه صريح في الاذن، وان كان الحاصل فيهما واحداً.

(فأقدم واحد على ذلك) فان له ماجعل له (فيكون نظير الجعالة) وان لم يكن

فهو كما لو قال: كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم، أو كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة

جعالة لانها ايقاع، وهذا ليس كذلك فلايرد عليه اشكال السيد البروجردي، بل هو عكس الجعالة فانها جعل شيء على نفسه لغيره على فرض وقوع عمل من الغير، كما انه ظهر مما تقدم الاشكال في قول السيد الجمال الظاهر ان يكون جميع ذلك من المزارعة الصحيحة، ويكون اجنبياً عن الجعالة و الا اتجه بطلانه.

(فهو كما لوقال: كل من بات في خاني او داري فعليه في كل ليلة درهم او كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة) الى غير ذلك من الامثلة المتعارفة.

فان الظاهر صحته للعمومات فانه عقد عرفاً، وليس اجارة للحمام والخان اذا لم يشتمل على شرائط الاجارة ولايلزم عدم صحته اذا لم يكن اجارة اذهو نوع من المعاملات العقلائية بل يمكن القول بشمول اللزوم المستفاد من اوفوا اله فلايحق لاحدهما اخراج، او خروج في نصف الليل، وفي متوسط بقائه في الحمام بحجة انه لم يكن عقد فلالزوم، بخلاف ما اذا كان اذناً مجرداً، حيث للمالك الاخراج وله الخروج، فقول السيد الجمال في مثل الحمام والخان انه من باب الاباحة بالعوض.

نعم، لوزاد ما عينه المالك من اجرة المثل، ففي لزوم تلك الزيادة بالبيتوتة في الخان ودخول الحمام اشكال ـ انتهى محل نظر.

فالظاهر صحته للعمومات ، اذهو نوع من المعاملات العقلائية ولانسلم انحصارها فى المعهودات ولاحاجة الى الدليل الخاص لمشروعيتها بل كل معاملة عقلائية صحيحة الا ماخرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات .

وكيف كان (ف) ان (الظاهر صحته للعمومات ، اذ هو نوع من المعاملات العقلائية ولانسلم انحصارها في المعهودات) اذلاوجه الا انصراف اوفوا بالعقود ونحوه ، ولو سلم الانصراف فهو بدوي .

اما قول السيد البروجردي هذه الامثلة ان صحت كانت صحتها توسعة في المعهودات ، لانها معاملات آخر غيرها : ففيه ان العرف لايراها داخلة في المعهودات .

أما مافي الرواية انما أخذ الجعل لدخول الحمام، فاللازم القول بالتوسعة فيها، أوكون ذلك الزمان الامر على نحو الجعالة، وذلك لايضر بما ذكرناه ، ولما ذكرناه من انها معاملات مستقلة عرفاً سكت كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم ـ ماعدا السيد البروجردي ـ على المتن .

(و) عليه ف (لاحاجة الى الدليل الخاص لمشروعيتها) اذ الدليل العام كاف .

(بل كل معاملة عقلائية صحيحة الا ماخرج بالدليل الخاص) مما كان منهياً عنه بنفسه كالكالي، أو لفقد شرط، أوجزء أووجود مانع .

(كما هو مقتضى العمومات) ويؤيده ماورد من ان عليهم الاصول وعلينا

الفروع، وقد ذكرنا في [كتاب الحج] الصندوق الذي يقترض منه الناس وفي [كتاب السياسة] الشخصية الحقوقية والمعنا الى المسألة في عدة كتب اخرى مماجامعه شمول العمومات للامور المستحدثة .

مسألة ــ ٣ ــ المزارعة من العقود اللازمة لاتبطل الا بالتقايل أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الاشتراط أي تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما

(مسألة ـ ٣ ـ المزارعة من العقود اللازمة) لاطلاق دليل الوفاء بالعقدوهو بلاخلاف ولااشكال وهواتفاق كما في المسالك واجماعاً ، كماعن جامع المقاصد وفي الجواهربلاخلاف، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ولم ينقل في مفتاح الكرامة المعد لذكر الاقوال ، ولافي غيره خلافاً .

(لا تبطل الا بالتقايل) لاطلاق أدلتـه الشامل للمزارعة وغيرها ، وقد ذكر البطلان بالتقايل غير واحد من الفقهاء كالفاضلين والشهيدين وغيرهم ، وعن الرياض ـ كما في مفتاح الكرامة ـ لاخلاف في البطلان بالتقايل ،وعن مجمع البرهان والكفاية كأنه اجماعي .

(أو الفسخ بخيار الشرط) بأن شرط احدهما على الآخر الخيار ولاخلاف في ذلك أيضاً ،كما يظهر من كلماتهم ، وذلك لقاعدة المؤمنون عند شروطهم [(١)] ، بعد ان لم يكن خلاف الكتاب والسنة ولاخلاف، مقتضى العقد .

(أو بخيار الاشتراط أي تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما) فان فوت الشرط يعطي الحق لمن فات عليه الخيار ، ولايظهر خلاف منهم في

---

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و ٢٠ من أبواب المهور ح/٤ . الاستبصار : ج/٣ ص ٢٣٢ ح/٤ ـ التهذيب : ج/٧ ص ٣١١ ح/٦٦ .

وتبطل أيضاً بخروج الارض عن قابلية الانتفاع لفقد الماءِ أو استيلائه أو نحو ذلك

هذه المسألة ، فان الشارع فى المعاملات امضى بناء العقلاء الامازاد أو نقص ، وليس المقام من المستثني، وقد ذكرنا تفصيله فى [كتاب البيع]فلاحاجة الى الاعادة هنا ، ثم اللازم مجيء خيار الغبن هنا أيضاً ، كما نبه عليه المستمسك بالتقريب الذي ذكره الشيخ المرتضى «ره» في المكاسب، بل وبعض الخيارات الاخر مثل خيار تخلف الوصف ونحوه ، لان أدلتها شاملة للمقام كما لايخفى .

(وتبطل أيضاً بخروج الارض عن قابلية الانتفاع لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك) مثل وقوعها تحت بركان نار، أو استملاح الارض بمالاينتفع بها ، أو سراية النفط أونحوه اليها الى غيرها، وقد اختلفوا فى ذلك هل تبطل مطلقاً أو مع الجهل من الزارع ؟ أو اذا كان من الاول ، كذلك لا، اذا صار بعد الزرع كذلك ، أو انه يوجب الخيار .

قال في القواعد: ولو زارعها، أو اجرها له ولاماء لها تخير العامل مع الجهل لامع العلم .قال في مفتاح الكرامة: كما صرح بذلك كله في الشرائع والتذكرة وفي الارشاد والروض انها تبطل مع الجهل لا مع العلم .

وقال في الارشاد : ولو زارع على مالا ماء لها بطل الا مع علمه ، وظاهر التحرير، أوصريحه انها تبطل حينئذ قال: وقد ظهر بالبطلان فى كلام الارشاد عدم اللزوم فيوافق الشرائع .

أقول : الظاهر البطلان اذا لم يمكن الانتفاع بها فى الزراعة، لانه لايمكن الانتفاع فلاعقلائية في المعاملة عليها والشارع انما أمضى المعاملات العقلائية،

ولاتبطل بموت أحدهما فيقوم وارث الميت منهما مقامه

ولذا جعل جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان البطلان على طبق القاعدة سواء علم أو جهل .

نعم، اذا حصل ذلك في بعض المدة أولا أووسطاً أوأخيراً كان اللازم القول بالخيار، لأنه من باب تبعض الصفقة ، ومع عدم الفسخ فالنسبة حسب الزرع، مثلا : كان الزرع في ثلاثة أرباع السنة الاولى ضعفه، أو نصفه بالنسبة الى ربع السنة الثاني ، فانه يقسم الزرع بينهما حسب النسبة المقررة ، فاذا كان حاصل الزرع طنـاً في كل السنة والآن صار حاصل الزرع ربع الطن في ثلاثة أرباع السنة كان لكل من المالك والزارع الثمن لاان يكون للمالك ثلاثة ارباع الربع باعتبار الزمان، وذلك لان العقلاء يلاحظون الانتاج، لاالمدة فحيث لافسخ كان اللازم ملاحظة المركوز .

أما مع الفسخ فالذى اخترناه في [باب المضاربة] و[كتاب الاقتـصاد] ان اللازم ملاحظة النسبة العقلائيـة ، لانه نتاج حاصل الارض ولكل منهمـا نسبة خاصة من الانتاج عند العقلاء .

(ولا تبطل بموت أحدهما) كما ذكره الفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل في جامع المقاصد لانعرف خلافاً في أن المزارعة لاتبطل بموت أحد المتعاقدين.

أقول: وذلك لانه عقد لادليل على بطلانه بموت أحدهما.

(فيقوم وارث الميت منهما مقامه) ان كان الميـت المالك بقيت الارض على حالها يزرع فيها الزارع حسب الشرط وان كان الميت العامل كان لوارثه

نعم ، تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل

ان يعمل بنفسه، أو بعامل يتفق معه، وقد نص المحقق والشهيدالثانيان وغيرهما بقيام الوارث منهما مقامهما.

لايقال : اذ العقد لم يكن مع وارث العامل ان يقوم مقام مورثـه ، فدليل سلطنة الناس على أنفسهم(١) حاكم بأن له ما لا يقل من الفسخ.

لانه يقال : ليس ذلك خلاف سلطنة ورثة العامل ، فان الارض تنتقل الى ورثة مالك الارض في حال كونها متعلقة لحق العامل والبذر ـ اذا كان البذر على العامل ـ ينتقل الى ورثة العامل متعلقاً لحق صاحب الارض والعمل دين علي العامل يستوفي من تركته كسائر ديون كل أحد فليس في ذلك منافاة لحق ورثة العامل، كما لم يكن فيه منافاة لحق ورثة صاحب الارض ومنه يعلم، ان موت كليهما لايؤثر أيضاً في بقاء المزارعة.

نعم ، اذا لم يشاء الوارثان، أوأحدهما وطرف المزارعة الباقي حياًبقائها امكنهما التقايل لما تقدم من صحته، ولا فرق فيه بين الاصيل والوريث.

ومنه يعلم، انهالا تبطل بالجنون والسفه والحجر وماأشبه.

(نعم، تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل) اذاكان الاشتراط على نحو مصب العقد، أو كان قيداً؛ حيث أن المقيد عدم عند عدم قيده ، أما اذا كان على نحو الشرط فانتفاء الشرط يعطي الخيار، لا البطلان كما نبهعلى

---

(١) البحار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

سواء كان قبل خروج الثمرة أو بعده

ذلك المستمسك وغير واحد من المعلقين، خلافاً لاطلاق المسالك وغيره من بطلانها بانتفاء الشرط.

ثم انه ينبغي أن يكون العكس كذلك، فاذا شرط العامل أن يكون تحت مالكية المالك ثم مات المالك كان له الفسخ اذا كان شرطاً ، و الا بطل ان كان مصباً أو قيداً ـ كما ذكرنا ـ .

(سواء كان قبل خروج الثمرة أوبعده) قال في المسالك : وهو مشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة لانه قد ملك الحصة، وان وجب عليه بقية العمل فخروجه عن ملكه بعد ذلك بعيد ورده الجواهر بأن الملك وان حصل ، لكنه متزلزل الى حصول تمام العمل نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الاحوال وأيد المستمسك الجواهر.

أقول: اذا بطلت المزارعة لم يستلزم ذلك بطلان الملك حتى يقع الكلام في ذلك فيطلق البطلان أوعدمه ،بل اللازم ان يقال: اذا بطلت المزارعة بالفسخ للاشتراط، أو تلقائياً للمصب أو القيد، فقد يكون قصدهما حين العقد على نحو تعدد المطلوب بأن يكون البطلان من الوسط ، لامن الاول فيكون الحال كالطلاق، حيث يبطل العقد من حينه لا من أصله، وقد يكون على نحو وحدة المطلوب بأن يوجب البطلان من الاول.

ففي تعدد المطلوب والبذر للمالك أن كان قصدهما الملكية اذا تم العمل لاحق للزارع بعد البطلان، واذا كان قصدهما الملكية لكل جزء جزء من العمل

وأما المزارعة المعاطاتية فلاتلزم الابعد التصرف وأما الاذنية فيجوز فيها الرجوع دائماً

كان اللازم اعطاء حصة العامل بقدر عمله لانه لاوجه لعدم ملكيته، وفي تعدد المطلوب والبذر للعامل كان الاشتراك مقتضى القاعدة، وانهما للمالك على العامل ـ اذا رضي المالك بابقاءزرعه، أوقلنا بلزوم الابقاء لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه ـ اجرة بقاء حصة العامل في أرضه .

وفي وحدة المطلوب والبذر للمالك لاحق للعامل الاجرة عمله ـ أو أقل منها ، ومن المسمى على قول آخر ـ وفي وحدة المطلوب والبذر للعامل ، فمقتضى القاعدة كون الحاصل لهما الى الاذن لانه ناتج الارض والبذروالعمل ـ كما تقدم ـ .

أما بعد الفسخ فأما الابقاء بالاجرة على العامل قهراً اذا قلنا بأن الاذن في الشيء اذن في لوازمه ، وكذلك اذا اختار الابقاء ، وأما الازالة ، وسيأتي بعض توضيح لذلك في المسألة السادسة انشاء الله تعالى .

(وأما المزارعة المعاطاتية فـ) الظاهر انها لازمة أيضاً كما تقدم ، وان كان على مبني المصنف التابع للمشهور انها (لاتلزم الابعد التصرف) كسائر المعاملات المعاطاتية عندهم .

(وأما) المزارعة (الاذنية) فقد عرفت ان الصحيح انها ليست مزارعة (فيجوز فيها الرجوع دائماً) لان الاذن ليس بعقد، بل هو اجازة والمجيز متى ما أراد سحب اجازته ، فان الناس مسلطون على أموالهم وانفسهم (١) ، لكن الرجوع انما يكون

(١) البحار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

لكن اذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم ابقائه الى حصول الحاصل لان الاذن فى الشىء اذن فى لوازمه

بالنسبة الى المستقبل لاالماضي ، لان الماضي لايعود عن حالته الا اذا دل دليل على الرجوع الحكمي ، وذلك ليس بموجود في المقام .

نعم ، يستشكل على المصنف بأن الاذنية اذا كانت مزارعة مصطلحة يجب ان يكون لازماً ، وقد تقدم منه انه من المصطلحة فكيف يجمع بين الكلامين ، االلهم الاان يقال : انه لادليل على لزوم الاذنية ، فالاصل عدم لزومها حتى بعد التصرف فتأمل .

(لكن اذا كان) الرجوع (بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم ابقائه الى حصول الحاصل لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه) فاذا اذن في الابتداء كان اذناً في الابقاء .

لكن يرد عليه أولا : انه لاحاجة الى هذه القاعدة بعد كون الاذن في الابقاء صريح كلام الاذن ـ لالازمه ـ اذ معنى استحقاق الحصة الابقاء ، فان بدون الابقاء لاحصة .

وثانياً : ان الاذن في الابقاء ولو كان صريحاً لايقتضي عدم جواز الرجوع فاذا رجع كان اللازم عليه تدارك ماتضرر به العامل ، ان كان العامل مغروراً من قبله لقاعدة الغرور .

أما ماذكره المستمسك من انه لادليل على جواز رجوع المالك عن اذنه بعد عمل العامل لاسيما اذا كان النتاج لايحتاج الى عمل ، ففيه ان الدليل هو تسلط

وفائدة الرجوع أخذ اجرة الارض منه وحينئذ يكون الحاصل كله للعامل .

الناس على أموالهم وأنفسهم[1]، ولادليل على ان الاذن يوجب اللزوم .

(وفائدة الرجوع أخذاجرة الارض منه) أي من العامل (وحينئذ يكون الحاصل كله للعامل) لكن يمكن ان يقال: انه اذا رجع كان له الزام العامل بقلع زرعه بلا ارش ، ان لم يكن له ارش ، أو كان ولم يكن مغروراً .

أما كون كل الحاصل للعامل فيرد عليه انه اذا اذن في قبال شيء له فلا وجه لكون كل الحاصل للعامل ، بل للمالك بعضه حسب القرار ، فان النتاج حاصل الارض والبذر والعمل كما تقدم .

---

(١) البحار : ج ٣ ص ٢٧٢ .

مسألة ـ ٤ ـ اذااستعار أرضاً للمزارعة ثم اجرى عقدهالزمت لكن للمعيرالرجوع فى اعارته

(مسألة ـ ٤ ـ اذااستعار أرضاً للمزارعة ثم اجرى) المستعير (عقدها) مع انسان عامل صحت الاستعارة لاطلاق أدلتها فتكون منفعة الارض للمستعير باباحة المالك فيجعل للعامل تسلطه على تلك المنافع في قبال ان يكون للمستعير بعض الحاصل (لزمت) لان المزارعة لازمة فلا يتمكن المستعير من الرجوع وابطال المزارعة .

(لكن للمعير الرجوع في اعارته) لان العارية ليست بلازمة، وعقد المستعير عليها لايجعلها لازمة ، اذلادليل على ذلك فالاصل البقاء على الجواز بالنسبة الى المعير .

نعم ، نفس المستعير لايحق له الارجاع ، لانه بعقده منع نفسه من الابطال والارجاع ابطال .

وبذلك يظهر، ان قول المستمسك لايخلو من نظر، فان المزارعة قد اقتضت على وجه اللزوم استحقاق المستعير والعامل لمنفعة الارض فلا يمكن رجوع المنفعة الى مالكها يترتب على الرجوع فائدة محل نظر، اذمن اين [على وجه اللزوم] بينهمايؤثر في قلب جواز المالك الى اللزوم ، فاذا لم يكن دليل على ذلك كان مقتضى القاعدة بقاء الجواز بالنسبة الى المالك على حاله .

لايقال : وجه اللزوم ان الاذن لايقاع العقد اللازم على ملكه بمنزلة الاذن في اتلاف ماله ، سواء قلنا بتمليك المنافع في المزارعة والاجارة ،أو بايجاد اضافة موجبة للسلطنة عليها .

فيستحق اجرة المثـل لارضه على المستعير كما اذا استعارها للاجارة فآجرها

لانه يقال : انما هو اتلاف بالنسبة الى الماضي لا المستقبل ، فهو كما اعاره اعارة مطلقة ، حيث انه اذا زارعها لم يخرج ذلك عن حقيقة الاعارة.

(فـ) اذا رجع المـالك حق له قلع الزرع اذا لـم يوجب ضرراً و قلعه مع اعطاء ارشه اذا أوجب ضرراً ـ اذا كان مغروراً ـ و بدون الارش اذا لم يكن مغروراً ، ويكون كما لو قال له ازرعه ، لكنني اذا اردت الارض قلعت الشجرو اخذتها منك ، فقوله (يستحق اجرة المثل لارضه على المستعير) محل اشكال ، ولايخفى ان مراده اجرة المثل لما بعد الرجوع ، اذ لا اجرة لما قبله حيث كانت عارية ولاشيء في العارية .

(كما اذا استعارها للاجارة) لاطلاق أدلة العاريةفقول المستمسكفي صحة هذه الاستعارة نظر ، فان الاستعارة استباحة الانتفاع بالعين و استيفاء منفعتها و الاجارة ليست استيفاءاً للمنفعة ، بل استيفاء لعوضها فلا تصح الاستعارة لها غير ظاهر الوجه ، فان المالك اعطى المنفعة للمستعير والمستعير اعطاها في قبال اجرة .

(فآجرها) ثم ان الكلام في لزوم العقد بالنسبة الى طرفي الاجارة، وعدم لزوم العارية من طرف المالك هنا ، كما تقدم في الاستعارة للمزارعة.

لايقال: كيف تخرج فائدة الملك من كيس المعير ، ويدخل عوضها الى كيس المستعير.

بناءاً على ماهو الاقوى من جواز كون العوض لغيرمالك المعوض .

لانه يقال : الفائدة صارت ملكاً للمستعير فتخرج من كيسه، حيث يدخل بدلها الى كيسه أيضاً.

ومنه يظهر ان قول المصنف : (بناءاً على ما هـو الاقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض) فيه نظر من وجهين :

الاول: انه جواب عن الاشكال التي ذكرناه لاعما ذكره من الاشكال.

الثاني: ان جواب ما ذكرناه ليس كما ذكره .

مسألة ــ ٥ ــ اذا شرط أحدهما على الاخرشيئاً فى ذمته أوفى الخارج من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافاً الى حصته من الحاصل صح

(مسألة ـ ٥ ـ اذا شرط أحدهما على الاخرشيئاً في ذمته أو في الخارج) شخصياً أو مشاعاً أو كلياً مطلقاً أو كلياً في المعين أو مردداً بين شيئين مثلا كان يعطيه احدى ضياعه (من ذهب أو فضة او غيرهما مضافاً الى حصته من الحاصل) او شرط عليه عملا كخياطة ثوبه، او تعليم ولده، الى غير ذلك من الشروط السائغة غير المنافية للكتاب والسنة ولالمقتضى العقد.

(صح) ولزم كما هو المشهور شهرة عظيمة ، اذ لم يعرف المخالف الا ان الشرائع والتذكرة والمختلف والايضاح ، كما حكي عنهم نقلوا عن بعض اصحابنا القول بالمنع، ولكن اعترف غيرواحد من الفقهاء بانهم لم يعرفوا القائل به ، و لعله استند الى ان الشرط فيها خلاف المزارعة المتلقات من الشرع.

وفيه: انها امضاء والعقلاء يرون الشرط فيها، بالاضافة الى دليل المؤمنون عند شروطهم.(١)

نعم، ذكر غير واحد من الفقهاء كراهة ان يشترط مع الحصة شيئاً من ذهب ، او فضة كما حكى عن جامع الشرائع والتحرير وجامع المقاصد،

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٣٠ الباب ٩ من أبواب المهور ح/٤ .

بل عن المختلف عن الشيخ حكايته ولم يعلم له وجه ـ ولعل المصنف صرح بهما في قبال هذا القول ـ والظاهر ان نقول نحن بالكراهة لادلة التسامح ، وربما يوجه بأن المالك ان اعطى ـ وربما لايحصل على الحصة ـ فقد اعطى الذهب بلا بدل، وذلك غرر، وان اعطى العامل، فربما لايحصل الحصة فيكون كذلك واذا حصلت الحصة فهي في مقابل عمل العامل ، وارض المالك، فبماذا يقابل الذهب والفضة وفيهما مالايخفي.

وكيف كان، فقد قال في القواعد: ولو تضمن العقد شرطاً سائغاً لا يقتضي الجهالة لزم، والظاهر ان قيد لا يقتضي مستدرك، لانه اذا كان اقتضى الجهالة لم يكن سائغاً ، ولذا لم يذكر القيد المذكور اكثرهم ، و كان المحكى عن مساقات جامع المقاصد الاشكال في القيد المذكور.

وكيف كان، فالشرط الباطل ان صيغ شرطاً اوجب الخيار ، و ان صيغ مصباً او قيداً اوجب البطلان كما تقدم،هذا بالاضافة الى ورود بعض الروايات الدالة على صحة الشرط.

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن محمد بن السهل بن اليسع ، عن ابيه قال : سألت ابا الحسن موسى عليه السلام ، عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران ويضمن له ان يعطيه في كل جريب ارض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهماً ، فربما نقص وغرم، وربما استفضل و زاد ؟ قال عليه السلام : لابأس به

وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل

اذا تراضا. واستدلال[1] جملة من الفقهاء بهذه الـرواية من باب المناط والا فهي غير مرتبطة بما نحن فيه، اذ الظاهر ان الرواية ليست في المزارعة ، بل فـي الاستيجار فيستأجر صاحب الارض الفلاح ليزرع له، لان يعطيه في قبال كل جريب ، كذا من الحاصل، وليس هذا اسلوب المزارعة ، بل اسلوب اتخاذ الاجير .

(وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل) فانهم قد اختلفوا في انه هل يسقط من الشرط بحسابه اذا لم يسلم الحاصل كما هو مختار المسالك قال: فلو تلف البعض سقط منه بحسابه، لانه كالشريك، وان كانت حصته معينة، ثم قال : مع احتمال ان لايسقط منه شيء بتلف البعض متى بقى قـدر نصيبه عملا باطلاق الشرط ـ انتهى.

اولا : يسقط كما عن الكافي قال في مفتاح الكرامة: وهو ظاهر الباقين وهو الاقوى.

اقول: الظاهر انه تبع لقصدهما ، فان العقود تتبع القصود، واذا لم يعرف القصد لموت او نحوه يراجع الى العرف في استفادة اي الامرين ، لان الالفاظ المطلقة اذا لم يكن قصد خاص، او لم يعرف ذلك يستفتى فيه العرف، حيث ان الارتكاز يجعل القصد حسب المستفاد من العرف.

ومنه يعرف ان قـول السادة ابن العم والبروجردي وغيرهما بانه مشروط

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٠٦ الباب ١٤ من أبواب المزارعة والمساقاة ح/١ .

بل الاقوى صحة استثناءِ مقدار معين من الحاصل لاحدهما مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما

بالسلامة، كقول المستمسك لايسقط عن الشرط شيء، وان تلف جميع الحاصل نظير الدين في الذمة ، محل منع .

(بل الاقوى صحة استثناء مقدار معين من الحاصل لاحدهما) كمائه من (مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما) كما استفيد من كلام الشيخ وغيره من الذين صرحوا بجواز اشتراط اخراج البذر اولا ، كما ان بالصحة صرح المختلف ، واستظهر من الكفاية كما في مفتاح الكرامة، لكن الاشهر كما عن المفاتيح والمشهور كما عن المسالك والكفاية البطلان، وفي القواعد بطل على اشكال .

استدل الاولون : باطلاق ادلة الشرط بعد انه لم يخالف الكتاب والسنة ، ولامقتضى العقد.

واستدل الاخرون : بما في الشرائع ، قال:لم يصح لجواز ان لا تحصل الزيادة.

وفيه اولا : ان الدليل اخص من المدعى لجواز ان تحصل الزيادة .

وثانياً :ان كثيراً من الشروط معرض للفقدان كما اذا شرط فى البيع خياطة الثوب ،أو فى المزارعة زرع الحنطة، الى غير ذلك، مع احتمال موت المشروط عليه ، أو فقدان الحنطة حين البذر ، فهل يقال بالبطلان فى كل تلك الموارد .

قال فى المستمسك : لافرق بين ان يكون الشرط متعلقاً بالحاصل، كماهنا

فلايعتبر اشاعة جميع الحاصل بينهما على الاقوى كمايجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه

او متعلقاً بخارج الحاصل كما فى المسألة السابقة، فالتفصيل بينهما، كما عن الاكثر بلافاصل ـ انتهى.

ثم انه لايمكن الاستدلال لصحة هذا الشرط بالرواية المتقدمة الا بالمناط كما عرفت فى الفرع السابق ، اذ قد تقدم انها ليست ظاهرة فى المزارعة ، فاستدلال المستمسك بها لهذا الفرع غيرظاهر الوجه،ثم أن العلم ليس شرطاً فذكره فى كلام الماتن وغيره طريقى ، بل اللازم الواقع .

(فلايعتبر اشاعةجميع الحاصل بينهماعلى‌الاقوى،) و كذا يصح ان‌يشترط المالك عشرة اقفزة من الحنطة والعامل خمسة اقفزة من الشعير و الباقى منهما مشترك بينهما لما تقدم من الدليل.

(كمايجوز استثناء مقدار البذرلمن كان منه) البذر كما عن النهاية‌والمهذب والسرائر ، بل‌عن‌المبسوط واستحسان التحرير ولازم‌كلام المختلف والكفاية خلافاً لاخرين‌حيث‌قالوا بالبطلان، وعن‌الايضاح نسبته الى كثير من الاصحاب والمفاتيح الى الاشهر والمسالك والكفاية الى المشهور ، وفى القواعد بطل على اشكال، وعن التذكرة مثله.

والاقوى القول الاول ، لاطلاق أدلة الشرط ، و خصوص خبر ابراهيم الكرخى، قلت لابي‌عبد الله عليه‌السلام : اشارك العلج[المشرك خ ل] فيكون من عندي الارض والبقر والبذر ويكون على العلج القيام والسقى والعمل فى

الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه،ويبقى ما بقى على ان للعلج منه الثلث ولي الباقى؟ قال : لابأس بذلك، قلت : فلي عليه ان يرد على مما اخرجت الارض البذر ويقسم ما بقى؟ قال عليه السلام : انما شاركته على ان البذر من عندك ، وعليه السقي والقيام، [1] فان ظاهر التعليل جواز ذلك مع الاشتراط، وانما لايجوز الان ، لانه لم يكن شرط.

وصحيح يعقوب بن شعيب ، عن أبى عبد الله عليه السلام ، قال: سألته عن الرجل تكون له الارض من أرض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال عليه السلام: لابأس.[2]

فان ظاهر من فضل بعد اخراج المؤن والتى منها البذر .

وروي أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره، عن ابن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام [الى ان قال] : المزارعة على النصف جائزة قد زارع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على ان عليهم المؤنة.[3]

أقول: وعلى هذا يصح اشتراط البذر لمن بذله أو لغيره من الطرف الاخر أولهما بغير تساو بينهما.

أما الذين قالوا بالمنع ، فقد استدل لهم بانه خلاف مقتضى المزارعة،

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٠٢ الباب ١٠ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح/١ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٠٣ الباب ١٥ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح/٢ .

(٣) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٢ الباب ٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح ٣ .

أو استثناء مقدار خراج السلطان أو مايصرف فى تعمير الارض ثم القسمة

حيث يلزم ان يجعل لهما بالحصص، ولما تقدم عن الشرائع في الفرع السابق من احتمال ان لا يحصل مقدار البذر، أو أكثر منه ، وفي كلا الوجهين نظر واضح، كما تقدم هناك ، فقول بعض المتأخرين : لا ينبغي التأمل في البطلان غير ظاهر الوجه، و لذا سكت على المتن كل المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم في المقام، والله العالم.

(أو استثناء مقدار خراج السلطان) لما تقدم من الدليل الخاص والعام، بل واستثناء مقدار الخمس والزكاة لاطلاق أدلة الشرط.

(أوما يصرف في تعمير الارض ثم القسمة) لما يبقى بعد المستثنيات بينهما على التساوي، أو الاختلاف.

قال في القواعد : أو يشترط احدهما الهرف والاخر الافل ، أو ما يزرع على الجداول ،والاخر في غيرها ـ عطفاً على البطلان ـ ولذا قال في مفتاح الكرامة هذا باطل بلا خلاف، كما في موضعين من المبسوط وبلا خلاف بين العلماء كما في التذكرة، وكذا نقل لاخلاف عن الغنية والسرائر.

أقول : ان تم الاجماع فهو والا فالاصل صحته ، لانه عقلائي لم يمنع الشارع عنه، ثم ان الشرط اذا بطل لم يبطل العقد.

نعم اذا كان مصباً أوقيداً بطل كما تقدم الوجه في الامرين، ثم ان البطلان انما يقطع به اذا لم يكن الهرف والافل جزءاً كما اذا اشترط لاحدهما النصف

وهل يكون قراره فى هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الارطال فى بيع الثمار أولا وجهان .

مع احدهما والا فالصحة مقتضى القاعدة . وقال في التذكرة : في الصحة نظر لكن المجوزين من العامة اتفقوا على بطلانه.

أقول: حيث لاوجه للنظر الا احتمال لزوم ان لا يكون مع الحصة شيء وقد عرفت الاشكال فيه سابقاً، فالصحة مقتضى القاعدة.

و منه يعلم ، ان قول مفتاح الكرامة : ان البطلان قضية الاصل غير ظاهر الوجه .

(وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الارطال في بيع الثمار) حيث ان المشهور بين الفقهاء انه اذا باع الثمرة و استثنى مقداراً معيناً فخاست الثمرة ينقص من المستثنى على حسب النسبة، بل في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه.

(أولا) اذ لا وجه لذلك ، وان قلنا به هناك (وجهان) الاقرب ان مقتضى القاعدة انه لو كان الاستثناء على نحو المشاع كان مشروطاً بالسلامة، فكلما نقص شيء نقص من الشرط بالنسبة، ولو كان على نحو الكلي في المعين لم يكن مشروطاً بالسلامة.

وبذلك يظهر وجه النظر في اطلاق أى من الوجهين ، كما يظهر وجه النظر في اطلاق تعليقة ابن العم، حيث قال: الظاهر انه مشروط بها، اما اشكال السيد البروجردى على المتن بقوله: لاموقع لهذا الترديد بعد كون المعروض استثناء هذه الامور من الحاصل فالظاهر الاشكال فيه لان كلام المصنف وجود

....

شيء من الحاصل يكفي للمستثنى، لان كل الحاصل خاس ، أونحوه.

نعم اذا خاس كل الحاصل وكان الاستثناء من الحاصل لم يكن وجه الاحتمال عدم الاشتراط بالسلامة ، ثم انه لو شك من انه هل كان الاستثـناء على نحو الكلي؟ أو الاشاعة، فان كان عرف رجع اليه، ولو اختلف العرف فالمرجع عدم زيادة الحق للمشترط، حيث ان الاصل كون الثمر لهما بنسبة الارض والعمل ـ بعد اخراج المؤن فقط ـ .

مسألة ـ ٦ ـ اذاشرط مدةمعينة يبلغ الحاصل فيها غالباًفمضت والزرع باق لم يبلغ فالظاهرأن للمالك الامربازالته بلاأرش أوابقائه ومطالبته الاجرة ان رضى العامل باعطائها ولايجب عليه الابقاء بلااجرة كما لايجب عليه الارش مع ارادة الازالة لعدم حق للزارع بعد المدة والناس مسلطون

(مسألة ـ ٦ ـ اذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت) تلك المدة (والزرع باق لم يبلغ فالظاهر أن للمالك الامر بازالته) ان كان البذرمن العامل، أما اذا كان البذر من المالك فليس له ذلك ، اذ لا حق له على العامل ـوالحالانهم يقولون بأن الزرعتابع للبذر ـ وقد نقل مفتاح الكرامةحقه فى امر الزارع بالازالة عن غير واحد من الفقهاء وكان ذلك لقاعدة سلطنة الناس على اموالهم ، حيث ان الارض للمالك و زرع الزارع بعد انقضاء المدة لا وجه لبقائه فيها بدون رضى مالك الارض.

(بلا أرش) فلا يحق للزارع اخذ التفاوت بين المزروع والقصيل عن مالك الارض لاصالة عدم ضمان المالك .

(او ابقائه ومطالبته الاجرة ان رضىالعامل باعطائها) اذ العامل مسلطعلى ماله فلا يحق لمالك الارض اخذ الاجرة بالقوة منه.

(و لا يجب عليه) اى المالك (الابقاء بلا اجرة) لانه خلاف قاعدة تسلط الناس ، بل ولا مع الاجرة لانه معاملة جديدة لا يجبر المالكعليها الا برضاه .

(كما لايجب عليه الارش مع ارادة الازالة) لقاعدة السلطة والاصل كما تقدم، ولذاقال: (لعدمحق للزارع بعدالمدة) المقررة(والناس) المالك(مسلطون

على أموالهم .

على أموالهم) .[١]

أقول : مقتضى ماذكرناه سابقاً من ان الزرع ناتج كل من الارض والعمل فالزرع لهما سواء كان البذر منهذا أو من ذاك، أو من كليهما، أو من ثالث ، وعليه لاحق للمالك في جبر الزارع على الازالة لحق المالك ، كمالاحق للزارع في الازالة بالنسبة الى حق المالك ، فاذا استثنى حق المالك يبقى حق الزارع فان تراضيا على شيء فهو، والا فان لم يتضرر الزارع بالازالة كان للمالك حق جبره لقاعدة التسلط، وانتضرر، فان كان قدر ضرره معارضاً بضرر المالك من بقائه تساقط الضرران ، وكان للمالك الحق في الجبر بالازالة لقاعدة السلطة التي لامعارض لها ، وان لم يكن للمالك ضرر في البقاء وكان للزارع ضرر في القلع :

فهل تقدم قاعدة السلطة، أو قاعدة لاضرر، أو يجمع بين الامرين، لقاعدة العدل في الماليات ، فأما ان يقلع مع تحمل المالك نصف الارش ، وأما ان يبقى مع تحمل الزارع نصف الاجرة ؟ الظاهر الثالث، لانه لاوجه لتقديم أي القاعدتين بعد عدم الدليل على ان احديهما أهم ، كما لاوجه لان تبقى الارض بلانفع فى المدة الجديدة، وكذلك لاوجه لان يتحمل الزارع كل خسارة القلع فلم يبق الا قاعدة العدل ، كما ذكرناها في [كتاب الخمس] وغيره فتأمل .

---

(١) البحار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

ولافرق بين ان يكون ذلك بتفريط الزارع أو من قبل الله كتأخير المياه أو تغيير الهواء وقيل : بتخييره بين القلع مع الارش والبقاء مع الاجرة

(ولافرق بين ان يكون ذلك) التأخير (بتفريط الزارع) عمداً أو بدون عمد كما اذا لم يقدر لمرض ونحوه .

(أو من قبل الله كتأخير) جريان (المياه) ونزول الأمطار (أو تغيير الهواء) أو من قبل ثالث ،كما اذا حال الظالم بين الارض والزرع ، وقد يكون وجه التأخير المالك بنفسه كان حال بين الزارع والزرع، ولايخفى ان ماذكرناه من قاعدة الضرر في الزارع أو المالك، انما هو اذا لم يكن أحدهما سبباً للضرر، والافلا يتدارك اضرار الانسان بنفسه ، بقاعدة لاضرر .

(وقيل :) والقائل العلامة في القواعد (بتخييره بين القلع مع الأرش والبقاء مع الاجرة)قال: ولوذكر مدةيظن الادراك فيها فلم يحصل، فالاقرب ان للمالك الازالة مع الارش أو التبقية بالاجرة، سواءكان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير او من قبل الله تعالى كتغيير الاهوية وتأخير المياه .

وعن جامع المقاصد انه فصل في اول كلامه فقال: ان كان التأخير بتفريط الزارع كان للمالك الازالة لانه عند الانتهاء كالغاصب، وان كان بغير تقصير منه يجب الابقاء الى الادراك .

وقد نقل مفتاح الكرامة هذا التفصيل عن المبسوط والتذكرة والتحرير وغيرها واستدلوا لذلك بانه في الاول، كالغاصب، وفي الثاني بأن ماخرج عن

وفيه ماعرفت خصوصاً اذا كان بتفريط الزارع مع انه لاوجه لالزامه العامل بالاجرة بلارضاه، نعم لوشرط الزارع على المالك ابقائه الى البلوغ بلااجرة، أو معها ان مضت المدة قبله لايبعد صحته

المدة، وان لم يتناوله العقد، لكنه يستلزم ضرراً من تكليف مالايطاق، واحتملوا وجوب الصبر على المالك مجاناً، وان له القلع مجاناً .

أقول : قد عرفت مقتضى القاعدة فلاوجه معتدبه لاى من القولين، ولذا قال المصنف: (وفيه ماعرفت) اذ لااطلاق للتخيير (خصوصاً اذا كان بتفريط الزارع) ولذا فصل جماعة بين تفريط الزارع وعدمه، حيث اجازوا القلع للمالك بدون الارش، اذا كان الاول بينما لايجوز القلع كذلك اذا كان الثاني .

(مع انه لاوجه لالزامه) الزام المالك (العامل بالاجرة بلارضاه) فانه خلاف دليل السلطنة .

(نعم، لوشرط الزارع على المالك ابقائه الى البلوغ بلااجرة، أو معها ان مضت المدة قبله لايبعد صحته) لاطلاق أدلة الشرط، سواء كان الشرط مطلقاً ، أو في حالة خاصة كحالة كون التأخير من الله، أو من ثالث أو ماشبه .

وقد أشار المصنف بذلك الى الاشكال في قول الشرائع حيث قال : لو شرط في العقد تأخيره ان بقى بعد المدة المشروطة بطل العقد على القول باشتراطه تقدير المدة، وعلله في المسالك بجهالة المدة، لان المدة حينئذ تكون مجموع المذكور ومابعده الى ان يدرك الزرع وهي مجهولة ، وشرطها في ضمن العقد من جملة العوض، فاذا تضمن جهالة بطل العقد.

ووجوب الابقاءِ عليه

أقول : فيه ان مثل هذه الجهالة لاتوجب غررا ولادليل على ابطال ماعدا الغرر .

(ووجوب الابقاء عليه) بدون اجر ، أو معه مسمى أو مثلا اذا لم يذكر المسمى .

ومنه يعلم ، ان اشكال السيد البروجردي على صحة العقد غيرظاهر الوجه كما ان استدلال بعض المعلقين للاشكال بانه غرري غيرتام .

نعم ، ربما يكون غرراً اذا كانت المدة المحتملة مرددة بين زيادة ونقيصة يراها العرف غرراً، لكن مثله نادر جداً ، فالاصل مع عدم الغرر وصورة الغرر استثناء .

مسألة ـ ٧ ـ لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الارض اليه حتى انقضت المدة ففى ضمانه اجرة المثل للارض كما انه يستقر عليه المسمى فى الاجارة

(مسألة ـ ٧ ـ لوترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الارض اليه حتى انقضت المدة) أو بقيت مدة قليلة لايمكن الزرع فيها مثلا .

(ففى ضمانه اجرة المثل للارض) كما افتى به الشرائع والقواعد والتذكرة والتحرير والارشاد والروض والمفاتيح ومجمع البرهان، بل هو المنسوب الى ظاهر الاصحاب ـ كما حكى عن بعضهم ـ .

(كما انه يستقر عليه المسمى فى الاجارة) اذا استأجرها ولم يستعملها حتى انتهت المدة، أما في الاجارة فواضح، وأما في المزارعة، فلما ذكره المسالك من ان منفعة الارض صارت مستحقة له بحيث لايتمكن المالك من استيفائها ، وقد فوتها فيلزم الاجرة .

أقول : ويؤيده ، لايتوى حق امرء مسلم[1] ، فان المنفعة حق للمالك فوتها الزارع بتركه ، خصوصاً اذا قلنا بأن الحيلولة بين المالك ، وماله مما فوتت استرباحه منه يوجب الضمان ، كما لم نستبعده فى بعض مباحث [الفقه] .

أما قول المستمسك ، في الاشكال على المسالك بانه لايظهر وجه الملازمة بين تفويته ما يستحق ، وبين ضمان الأجرة للمالك وكان الاولى تعليله بأن منفعة

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح/٥ .

الارض صارت مستحقة لم بعوض له يسلمه لتعذره فينتقل الى اجرة المثل ، وان كان يشكل أيضاً بان تعذر العوض موجب للبطلان فاستحقاق اجرة المثل يحتاج الى دليل، الا ان يقال : يكفي في الضمان عموم قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ولما كانت منفعة الأرض مضمونة في المزارعة الصحيحة بالحصة فهي مضمونة في المزارعة الفاسدة بالاجرة كذا استدل و فيه تأمل ـ انتهى .

يرد عليه أولا : ان الملازمة مستفادة من دليل على اليد ، فان الزارع أخذ الارض وفوت المنفعة ، وحيث ان المنفعة مثل اجرة المسمى ولم يعلم مقدارها رجع الى اجرة المثل على ما تقتضيه قاعدة العدل .

نعم ، يجب ان يقيد ذلك بما اذا لم يعلم قدر الحصة ، كما هو الغالب .

وثانياً : بأن اشكاله على الشهيد و ارد على قوله: [فينتقل الى اجرة المثل] حيث يسأل عن التلازم .

وثالثاً : بأن التعذر غير التفويت ، فالمقام مثل ما اذا استأجر خياطاً لخياطة ثوبه في نهار الجمعة ، ثم لم يسلمه الثوب ، فانه عليه اعطائه الاجرة المسماة وان لم يعلم قدرها ، فالمثل لقاعدة العدل ، فليس المقام مما يوجب البطلان.

ورابعاً : انه اذا سلم البطلان فاعطائه اجرة المثل أوضح، لانه اذهب الفائدة فعليه بدلها وهي اجرة المثل .

ثم انه ربما يفرق بين ان تكون الارض بيد المالك فلا ضمان أو بيد العامل فالضمان ـ كما في بعض الحواشي ـ ووجهه ان في الاول كان المفوت للمنفعة المالك ، لا العامل ، وفيه تأمل، حيث ان المالك لم يحل بين الزارع والأرض

أو عدم ضمانه أصلا غاية الامر كونه أثماً بترك تحصيل الحاصل أو التفصيل بين ماذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا

كما لم يحل بين الوارد والمستأجر فالمفوت عرفاً هو الزارع والمستأجر .

نعم ، اذا لم يسلمه الارض ـ وكان بحيث اذا سلمه اياها لم يزرع ـ كان المفوتِ المالك .

أما احتمال بعض المعلقين ان الاجرة على الزارع، لانه غاصب فلم يظهر وجهه ، اذ لايعد مثله غاصباً ، واذ لاموضوع فلاحكم، بل هو كمااذا لم يسكن دار الايجار ، فانه غير مستنفع ، لانه غاصب .

(أو عدم ضمانه أصلا) للاصل (غاية الامر كونه أثماً بترك تحصيل الحاصل) و يجب ان يقيد ذلك أيضاً بما اذا لم يعلم بانه لم يكن له حاصل أيضاً ، اذا كان يزرع للقرائن الموجبة للعلم ، كما يقيد بذلك القول الاول ، لكن الاصل لايخفى ما فيه .

أما تعليل بعض الفقهاء لذلك : بانه بناءاً على عدم كون المزارعة الاتعهداً و التزاماً من الطرفين بلا ايراث حق لاحدهما على الاخر و كون الارض تحت يد العامل برضى المالك ، فواضح المنع ، ولهذا قال الفقيه بنفسه انه لا يخفى مافيه .

(أو التفصيل بين ما اذا تركه اختياراً فيضمن) لما ذكر في أدلة القول الاول (أو معذوراً فلا) لرفع الاضطرار و ما لايطيقون و غيرهما من الادلة العامة .

وفيه : انها ترفع التكليف ، لاالوضع في مثل الضمانات .

أو ضمانهما يعادل الحصة المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين فى تلك السنة أو ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الارض من نصف أو ثلث ومن قيمة عمل الزارع أو الفرق بين ماذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلم يضمن وبين صورة عدم اطلاعه الى ان فات وقت الزرع فيضمن وجوه و

ولذا كان في قتل الخطاء ونحوه الدية ، و مثله ما لو استأجر الدار و لم يسكنها اضطراراً أو الخياطة ولم يعطه الثوب اضطراراً ، الى غير ذلك .

(أو ضمانه ما يعادل الحصة المسمات من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة) كما سيأتي وجهه ، و مقتضى هذا ، و قاعدة العدل ان الحصة لو ترددت كان النصف في الزائد على المتقين، كما اذا لم يعلم انها ثلاثة اطنان ، أو خمسة حيث يعطيه أربعة .

(أو ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الارض من نصف أو ثلث) مثلا (ومن قيمة عمل الزارع) كما سيأتي توضيحه ، و وجهه عند استظهار ان هذا القول أوجه .

(أو الفرق بين ما اذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلم يضمن) العامل ، لان المالك هو الذي أورد الضرر على نفسه بترك الفسخ مع امكانه الفسخ (وبين صورة عدم اطلاعه الى ان فات وقت الزرع فيضمن) لان المفوت حينئذ هو العامل (وجوه) ستة (و

بعضها أقوال فظاهر ، بل صريح جماعة الاول

بعضها أقوال فظاهر ، بل صريح جماعة) بل عرفت انه المشهور .

(الاول) قال السيد الجمال : لما كان تسليم الارض الى الزارع ، وبقائه في يده الى انقضاء المدة هو مفروض هذه المسألة فضمانها لما فات من منافعها تحت يده ولزرع اجرة المثل عليه بمكان من الوضوح .

أقول :يرد عليه انه لو لم تكن للزراعة منفعة ،أوكانت منفعتها أقل من الاجرة بالنسبة الى حصة المالك لم يكن وجه للاجرة ، فربما لايزرع الزارع لانه يرى عدم الفائدة أصلا .

فهل يمكن ان يقال : باجرة المثل عليه حينئذ ، ثم اذا كان الزرع يعطي للمالك حصة أقل من اجرة المثل ، فقد أهدر المالك حقه بالنسبة الى التفاوت بين الأجرة و الحصة ، فلماذا يعطيه الزارع بقدر الاجرة ، اللهم الا اذا كانت الحصة مقيدة بأن أهدر المالك حال الزرع لاحال عدمه ،ثم انه يأتي الكلام في العذر العام والخاص .

و منه يعلم ، ان قول بعض المعلقين بـأن الاوجه الاول اذا كانت الارض تحت يده و ترك الزراعة بتفريط منه والا فلا ضمان محل اشكال ، فبالاضافة الى ان قيد كون الارض تحت يده مستدرك لتصريح المصنف بتسليم الارض اليه في أول المسألة ان ترك الارض بتفريط .

يرد عليه أولا : ما اذا كانت الحصة أقل .

وثانياً : عدم الحاجة في الضمان الى التفريط ،كما ان الخياط اذا استعد و لم يسلمه مالك الثوب ، ولو بدون تفريط من المالك كان الضمان .

بل قال بعضهم : يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع اذا حصل نقص واستظهر بعضهم الثانى

(بل قال بعضهم :) وهو الشهيد الثاني في المسالك (يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع اذا حصل نقص) كما يتفق لتفريطه ، وقد استقرب هذا جملة من المعلقين معللين له بانه تفريط والامين يضمن التفريط .

و فيه : انه لاوجه لاطلاقه ، اذ ذلك انما يصح اذا كان الترك عمداً حتى يكون تفريطاً ، أما اذا لم يكن كذلك فلا وجه لضمان الامين بدون تعد أو تفريط ، هذا مع انه يلزم ان يقيد بما اذا لم يحصل كمال من جهة اخرى بترك الزرع بقدر النقص أو أكثر ، كما اذا سبب ترك الزرع تسلط الماء عليه بحيث نقصت من جهة الزرع ، لكن كلمت من جهة قيمة الماء ، حيث يباع بقدر النقص أو أكثر ، ولعل كلام المسالك منصرف عنه .

اما اذا زادت الارض بسبب ترك الزرع ، فالظاهر انها ليست للزارع ، حيث ان الزيادة لم تكن بفعله ، فليس المقام مثل ما اذا زاد في العين المغصوبة بفعل الغاصب .

(واستظهر بعضهم) و هو صاحب الجواهر (الثاني) بالاشكال في الضمان من ترك الزرع لان الزارع لم يتلف مال الغير حتى يدخل فى عموم على اليد لان عقد المزارعة جعله بحكم مال نفسه ، لكن حيث وجب عليه الاستنماء و تسليم الحصة فلم يفعل ترتب عليه الاثم لا الضمان، وقاعدة لا ضرر لا يستفاد منها الضمان، وانما القاعدة ترفع اللزوم فيتسلط على الفسخ وفيه ما تقدم في وجه القول الاول.

وربما يستقرب الثالث ويمكن القول بالرابع

(و ربما يستقرب الثالث) كما في المسالك قال : وهل يفرق في ضمان اجرة المثل و ضمان النقص بين ما اذا ترك العامل الانتفاع اختياراً و غيره ظاهرهم عدمه ، ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني، خصوصاً في الارش ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تقصير يوجب منه الانتقال الى ما لا يقتضيه العقد ، وفيه : ان التقصير وعدمه يؤثر في الاثم و عدمه ، لا في الضمان، كما اشار اليه المستمسك.

نعم، قوله: وكذا الضمان بالتفريط في الامانات لا يفرق فيه بين الامرين، غير ظاهر الوجه، اذ لو لم يقصر كان أميناً فلم يحصل التفريط، فالجمع بين التفريط والقصور جمع بين متنافيين .

(ويمكن القول بالرابع) وهو الذى اختاره ابن العم قال: وهو الاوجه مع ضمانه النقص الحاصل بسبب ترك الزرع اذا حصل نقص، ووجهه ان العامل هو الذي فوت على المالك الحصة بتركه الزرع فيضمنها ، وحيث لا يعلم بالضبط قدرها كان اللازم التخمين لانه الطريق العرفي الى تحصيل الحق كما كان يفعله الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بالنسبة الى حصته في المزروعات.

أما بالنسبة الى حقه في النقص الحاصل فقد عرفت وجهه في كلام المسالك وفيه: ان الحصة كانت متوقفة على الزرع فاذا لم يزرع لم تكن حصة، وانما اجرة أو ما أشبه كما تقدم وانما تكون الاجرة حق الاجير في باب الاجارة اذا لم يشغله المستأجر لانها في قبال وقته الذي جعله الاجير تحت اختيار المستأجر ، و ليس المقام كالاجارة.

والاوجه الخامس

نعم، اذا جعل المالك ارضه تحت اختيار الزارع في قبال كذا كان له عليه ذلك زرع أو لم يزرع لكنه خارج عن محل البحث.

(والاوجه) عند المصنف:

(الخامس:) لان المالك ـ بسبب المزارعة ـ ملك على العامل نصف عمله كما ملك نصف المنـفعة التي تحصل من الارض، فأن الناتج انما اشترك فيه العمل و الارض، وحيث ان الزارع فوتهما بعدم زرعه، كما فوت على نفسه أيضاً. وكذلك اذا قـررا الثلث، أو الربع لاحدهما والبقية للاخر كان عليه أعطائه للمالك بمقدار مافوت.

ولا وجه لاجرة المثل، لان الفائت الحصة لا الاجرة، كما لا وجه لعدم الضمان بعد التفويت، والاختيار والعذر في التفويت لا يفرق فيهما الضمانات كما لا وجه للحصة المسماة اذا الحصة المسماة انما كانت للمالك على تقدير المزارعة والمفروض انه لم بزرع فيرجع الامر الى المقدار الفائت وهو نصف منفعة الارض ونصف قيمة عمل العامل.

لكن يرد عليه ان المالك اعطي أرضه فى قبال الحصة، لا في قبال نصف المنفعة والعمل فاذا لم يزرع الزارع كان كالخياط الذي سلم نفسه الى المستأجر لكنه لم يسلمه الثوب ليخيط، فان الخياط لا يستحق الا قدر اجرة الخياطة المقررة.

وما ذكرناه في الاشكال على استدلال المصنف أقرب من ماذكره المستمسك ان الذى تضمنـه عقد المزارعة هو ملك مالك الارض نفس الحصة من الزرع

فقط في مقابل تمام منفعة الارض، أو في مقابل بذل الأرض.

وأما عمل الزارع فليس موضوعاً لعقد المزارعة فلا يملك مالك الارض الا الحصة الخاصة من الحاصل ، ولما تعذرت بطلت المزارعة ، وقد فاتـت منفعة الأرض بيد العامل فيكون ضامناً لها ـ انتهى.

اذ العقلاء يرون من الحاصل هذه الارض، ومن هذا العمل والناتج لهما بين المالك والعامل، ولاوجه لبطلان المزارعة، كما ان الاجارة لاتبطل بعدم استفادة المستأجر من دار المالك، أو من خياطة الخياط ، وكذلك في النكاح اذا لم يستفد الزوج من الزوجة مع بذلها نفسها لاينهدم المهر أو النفقة.

أما ما جعله المستمسك أقرب بقوله: ان المزارعة مأخوذة من الزرع فهي معاملة على الارض على ان تزرع فيكون عوض بذل الارض عمل الزارع.

وأما الحصة من الحاصل فهي من قبيل الشرط في المزارعة فيكون صاحب الارض مالكاً على العامل العمل، وهو الزرع فاذا لم يزرع فيكون ضامناً لقيمة العمل المملوك عليه.

ففيه ان العرف يرى ان بذل الارض انما هو في قبال الحصة وذلك هو ظاهر روايات بذل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم خيبر[(١)]، فالحصة طرف لا شرط وبذلك يكون المالك يملك على العامل الحصة، فاذا لم يزرع لزم عليه اعطائه مثلها اذا توفرت أو قيمتهما، كما في سائر الضمانات ـ اذا لم يتوفر المثل ـ.

(١) الوسائل: ج/١٣ ص ٢٠١ الباب ٩ من أبواب المزارعة ..... ح/١ .

لكون البذل في قبال الحصة عرفاً وشرعاً والتعذر لا يوجب البطلان، ثم انه كان على المصنف ان يقبل ما تقدم من المسالك من ضمان العامل النقص اذا نقصت الارض.

ومما تقدم يظهر ، انه لو كانت الارض تحت يدهما معاً ، فان تمكن العامل من عمله كاملا لم يضر في ضمانه الحصة اشراف المالك أيضاً ، وان لم يتمكن من عمله أصلا لم ينفع ان يده في الجملة عليها في ضمانه ، بل يكون كما اذا كان تحت استيلاء المالك كاملا ، وان تمكن من عمله بقدر النصف ، أو أقل ، أو أكثر ـ حسب قوة وضعف استيلاء المالك ـ كان الضمان بقدره .

نعم ، للعامل حينئذ الفسخ ، لانه له خيار تبعض الصفقة ، فان دليل هذا الخيار ليس خاصاً بالبيع ، بل يأتي في الاجارة والرهن والمضاربة والشركة العقدية والمساقات ، وفي المقام وغيرها .

ومنه يعلم ، وجه النظر في الشق الثاني من كلام السيد البروجردي ، حيث قال : بل الاوجه الاول ان كانت الارض في تلك المدة تحت يد العامل واستيلائه وأما مع كونها تحت استيلاء المالك أوهما فضمانه مطلقاً محل اشكال.

(وأضعفها السادس) فان عدم الفسخ عند اطلاع المالك عدم عمل العامل لايوجب سقوط حق المالك على العامل ،كما هو كذلك في الاجارة وغيرها

وبذلك يظهر، ان ما ذكره في المتحصل من الترديد في كون الارض في قبال العمل ، أو الحصة ، وان تعذر العمل يوجب بطلان المزارعة ،غير ظاهر

وأضعفها السادس ثم هذا كله اذا لم يكن الترك بسبب عذر عام والا فيكشف عن بطلان المعاملة

على ماتقدم مثاله (ثم هذا كله اذا لم يكن الترك بسبب عذرعام) كعدم نزول المطرفي الاراضي التي تزرع به ، أو وجود مانع في السماء ، أوالارض لايمكن تداركه .

(والا فيكشف عن بطلان المعاملة) لما تقدم انمن شرائط المضاربة امكان الانتفاع بالارض ، ثم اذالم يمكن الانتفاع بالارض في الزرع الذي صب عليه العقد، أوأخذ قيداً أوشرطاً وامكن غيره ، أو لم يمكن الزرع اطلاقاً ، وامكن الانتفاع بها في شيء آخر كجعلها مربطاً للدواب وما أشبه ذلك ، فهل العامل ضامن لشيء أم لا ؟ مقتضى القاعدة العدم مطلقاً ، اذماكان العقد عليه لم يمكن، وما امكن لايكون العقد عليه ، لكن قال في المستمسك : يختص عدم الضمان بما اذا لم يمكن الانتفاع بالارض من وجه آخر غيرالزراعة ، أما اذاكان يمكن الانتفاع بها في غيرالزراعة فاللازم البناء على الضمان كما في المقبوض بالاجارة الفاسدة ، اللهم الا ان يكون اقدام المالك على اهمال تلك المنافع مانعاً عن ضمانها ــ انتهى .

أقول: اذا بطلت المزارعة كان على العامل ارجاع الارض ، فاذا لم يرجعها ــبدون وجه شرعي لعدم الارجاعــ كان غصباً، وقد فوت منافعها المتعارفة ، فهو ضامن لها ، أما اذاكان عدم الارجاع لعذر شرعي مما كانت الارض امانة بيده فليس على الامين الاسترباح فلاضمان .

ولو انعكس المطلب بأن امتنع المالك من تسليم الارض بعد العقد فللعامل الفسخ ومع عدمه ففى ضمان المالك مايعادل حصته من منفعة الارض

نعم ، لو كانت الزراعة الخاصة على وجه الشرط ورفع الشارط يده عن شرطه بقيت المزارعة بأحكامها المقررة .

(ولوانعكس المطلب بأن امتنع المالك من تسليم الارض بعد العقد) ولم يمكن جبره ، أوامكن ولم يجبره العامل ، اذ ليس يجب على طرف العقد اجبار الطرف الا اذا كان عنوان ثانوي ، مثل اجبار الزوج زوجته الابية عن الاطاعة التي تنهج نهج الفساد من الارجاع من جهة: «قوا انفسكم» فيما لم يمكن المنع الابالارجاع ، الى غير ذلك .

(فللعامل الفسخ) لان التسليم كالشرط الضمني كمافي الاجارة والرهن وغيرهما فمع التخلف يكون الخيار ، كما يكون الخيار للمالك اذا لم يعمل الزارع في الارض ، لان العمل شرط ضمني في عقد حقيقته اعطاء الارض في قبال الحصة .

(ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الارض) وهذا هو الذي جعله ابن العم أوجه ، وان جعل الثاني أظهر ، وذلك لان بالمزارعة انتقلت منفعة الارض بقدرحصة الزارع اليه فلماحال المالك بينها وبين الزارع كان غاصباً ، يلزم عليه تداركها ، وقول المستمسك بانه لم يملك الزارع شيئاً من منفعة الارض لعدم اقتضاء عقد المزارعة ذلك ، وانما يملك بذل الارض

أومايعادل حصتهمن الحاصل بحسب التخمين أوالتفصيل بين صورة العذروعدمه

للزراعة، محل نظر، حيث انبذل الارض في نظر العرف مقدمي لاجل الاستنفاع فله حق في الارض .

(أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين) كما هو الاظهر عندنا، لما تقدم في الفرع السابق ، حيث ان المالك بحيلولته فوت على العامل الحصة فيشمله : لايتوى حق امرء مسلم . و نحوه ، و كأنه لذا جعله ابن العم أظهر ، واشكال المستمسك عليه بأن ضمان الحصة من الحاصل موقوف على ملكها و ملكها موقوف على وجود الحاصل ، و المفروض انتفائه ، غير ظاهر الوجه ، اذ ضمان الحصة ليس موقوفاً على ذلك ، بل على التفويت و التوى الحاصل في المقام .

(أو التفصيل بين صورة العذر و عدمه) لما تقدم من الوجه في فرع عدم عمل الزارع بعد تسليم المالك له ، ثم هل المفصل ، حيث يقرب بالضمان يرى ضمان حصته من منفعة الارض ؟ أو ما يعادل حصته من الحاصل حسب التخمين لم يتعرض له المفصل ، ولو قيل بالتفصيل كان مقتضى القاعدة الثاني لماعرفت من وجهه .

بل يمكن ان يقال : انه لو حصل ضرر على العامل من جراء عدم عمله المسبب عن منع المالك كان على المالك تداركه، كما ذكر في الفرع السابق بالنسبة الى نقص الارض من عدم زراعة الزارع ، وذلك لان الضرر الذى تضرر به العامل كان بسبب المالك ، فيشمله دليل لاضرر .

أوعدم الضمان حتى لو قلنا به فى الفرض الاول بدعوى الفرق بينهما

(أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في الفرض الاول) كماقواه بعض المعلقين **(بدعوى الفرق بينهما) لان عمل العامل مملوك لمالك الارض ، فاذا لم يعمل** الزارع ، فقد فوت الملك على صاحبه فعليه ضمانه، أما في المقام فليست منفعة الارض مملوكة للزارع فلا يكون تفويتها على الزارع موجباً للضمان .

و لذا قال الجواهر : عدم الضمان في مقامنا أولى ، لعدم صيرورة منفعة الارض ملكاً له بعقد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عارية يترتب عليها الضمان .

أقول : لاوجه لهذا التفصيل ، حيث ان الزارع عقد على ان يأخذ الارض في قبال اعطاء الحصة و عمل نفسه في قبال حصته من الارض ، فعدم تسليم المالك الارض له مفوت لحصته فلا يكون الا كالاجير الذي سلم نفسه و لم يستعمله المستأجر ـ كما تقدم من مثال الخياط ـ و بذلك يكون المالك ضامناً لحصته التي فوتها عليه، ومنفعة الارض وان لم تصبح ملكاً للزارع الا ان المعاوضة اقتضت ان تكون له الحصة .

و منه يعلم ، ان قول المستمسك : فالاقوى فى المقام ان يكون المالك ضامناً لعمل الزارع باجرة المثل محل نظر ، اذ لاوجه لاجرة المثل ، كمافي الخياط الباذل نفسه ، فهل له اجرة المثل؟أو المسمى؟ وعليه فهذا الفرع كالفرع السابق في الضمان ويأتى هنا الكلام المتقدم هناك في انه اذا لم يكن للارض

وجوه .

نفع اصلا لم يكن المالك مفوتاً فلا ضمان .

(وجوه) قد عرفت أقربها ، ولاوجه لتوقف المصنف هنا في المسألة بعد اختياره هناك ، مع ان المسألتين من واد واحد .

المحتويات

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة

كتاب المضاربة

٥ ـ ٢٥٥

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة

مسائل
١٨٢ ـ ٢٥٥

الموضوع ــ الصفحة

كتاب المزارعة

٢٦١ ـ ٣٤٥

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة